

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**CARINA VAZ ABEICHE**

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**CURITIBA**

**2007**

**CARINA VAZ ABECHÉ**

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a graduação no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**CURITIBA**

**2007**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

CARINA VAZ ABECHÉ

### **A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.  
Departamento de Direito Público, Faculdade de Direito, UFPR.

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ângela Cássia Costadello.  
Departamento de Direito Público, Faculdade de Direito, UFPR.

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado.  
Departamento de Direito Público, Faculdade de Direito, UFPR.

Curitiba, 5 de novembro de 2007.

## **AGRADECIMENTOS**

Quero agradecer não apenas aos que contribuíram para a realização desta monografia, mas também aos que tiveram um papel importante em minha vida nesses cinco anos de faculdade.

A Deus, sem o qual nada seria possível.

A meus pais e minha irmã, pela alegria sempre presente, pelo amor e carinho dedicados, pela fé depositada, pela orientação nas horas de dúvida, e pelo apoio em todos os momentos da minha vida.

A minha grande e maravilhosa família e aos amigos muito queridos pelos muitos momentos de alegria e também pela compreensão quando, em virtude dos estudos, não pude estar em suas companhias.

Às queridas amigas que fiz na faculdade, grandes parceiras de estudos e de festas, que, durante esses cinco anos, tornaram mais felizes e agradáveis as minhas manhãs e mais divertidas as noites.

Ao meu namorado Bruno, pela felicidade que me traz e pelo companheirismo, amizade e amor.

Pelos amigos e colegas que ajudaram no desenvolvimento deste trabalho com pesquisas, indicação e empréstimo de obras, troca de idéias, amparo diante de dúvidas e apoio, em especial à Ana Lúcia Pretto Pereira, Cláudia Honório e minhas colegas e amigas da faculdade.

Aos professores que, com sua dedicação a nos incentivar a estudar e com seu ensino a nos propiciar novas maneiras de pensar, faziam-nos sentir que realmente valia a pena ir à aula.

Ao professor Clèmerson Merlin Clève, por seu exemplo como docente e constitucionalista e pela muito atenciosa, solícita e dedicada orientação.

E a todos que contribuíram pelo caminho para que esta etapa da jornada se completasse com muita felicidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b>	
1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	9
1.2 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	13
<b>2 OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS</b>	
2.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	21
2.2 O PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	28
2.3 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	34
<b>3 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO NÚCLEO MÍNIMO SINDICÁVEL DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	42
3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE.....	48
3.3 UMA PROPOSTA DE CONCRETIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	52
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>61</b>

## RESUMO

A maior parte da população brasileira vive hoje uma situação de extrema exclusão social, privada das condições básicas para o desenvolvimento de uma vida saudável e digna, sendo uma das principais causas disso a falta de efetividade dos direitos sociais prestacionais.

Esses direitos foram formalmente elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 e revestem-se de aplicabilidade imediata, conforme eficácia dada pelo seu §1º do artigo 5º. Tais direitos exigem uma atuação positiva do Estado para serem usufruídos e, quando os poderes Legislativo e Executivo omitem-se de suas responsabilidades para com a efetivação desses direitos, cabe ao Poder Judiciário, se for o caso, suprir essa omissão. Mas a essa atuação do Judiciário opõem-se certos argumentos.

Os limites mais comumente apresentados à efetivação dos direitos sociais prestacionais pelo Judiciário são o princípio da Separação dos Poderes - pois essa efetivação depende na maior das vezes da concretização infraconstitucional pelo Legislativo e da implementação de políticas públicas pelo Executivo -, a falta de legitimidade democrática do Judiciário, e o argumento da reserva do possível, a partir do conflito entre a existência de recursos estatais escassos e demandas quase ilimitadas. Mas tais limites, hoje, estão sendo revistos, pois não podem ser tidos como obstáculos intransponíveis à concretização do compromisso democrático do Judiciário em dar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais sociais.

Há uma íntima ligação dos direitos sociais prestacionais com a dignidade da pessoa humana, visto que sem uma efetivação ao menos mínima daqueles, esta - alçada como um dos princípios mais importantes do Estado brasileiro pela Constituição Federal de 1988 - acaba por ser desrespeitada. Diante disso, urge dar efetividade àquilo que se convencionou chamar de mínimo existencial.

Assim, aqueles limites comumente opostos à atuação judiciária na efetivação de direitos sociais prestacionais tem que ser superados quando se está diante da necessidade de efetivar-se o mínimo para uma existência com dignidade. O Judiciário - como os outros poderes - tem o dever democrático e constitucional de fazer valer os direitos preceituados na Constituição, ainda mais quando se tratam de direitos fundamentais, procurando eliminar os obstáculos que impedem que os sujeitos se desenvolvam, exerçam seus direitos de liberdade, participem ativa e conscientemente da sociedade, e que causam a negação da dignidade desses sujeitos como seres humanos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Direitos prestacionais. Princípio da Separação dos Poderes. Legitimidade democrática do Judiciário. Reserva do possível. Mínimo existencial.

## INTRODUÇÃO

O tema escolhido para o desenvolvimento da monografia de conclusão de curso é a possibilidade da efetivação de direitos sociais prestacionais pelo Poder Judiciário quando chegam a ele demandas de vítimas do sistema excludente, pessoas carentes que não têm seus direitos sociais básicos concretizados.

Inicialmente, cabe ressaltar que o problema da falta de efetividade dos direitos sociais é um tema complexo e amplo, não havendo aqui a pretensão de analisá-lo em toda a sua profundidade. Primeiramente, porque seria uma pretensão infactível, e em segundo lugar, devido às próprias características da monografia jurídica, que objetiva meramente um estudo recapitulativo e metódico de determinado assunto.

A relevância do tema situa-se no fato de que a maior parte da população brasileira vive uma situação de exclusão social, privada das condições básicas para o desenvolvimento de uma vida saudável e digna, sendo uma das principais causas disso a falta de efetividade dos direitos sociais prestacionais.

Desde a formal elevação dos direitos sociais à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 aumentaram as discussões acerca da efetividade de tais direitos, que não podem mais ser enxergados como normas meramente programáticas, pois como afirmado por Clèmerson Merlin Clève: “Se é certo que os prestacionais são direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente que não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima”<sup>1</sup>.

O dever de crítica da falta de efetividade dos direitos sociais é essencial se tomado em consideração o fato de que é pela falta de concretização desses direitos que a maior parte da população brasileira tem aspectos mínimos de sua vida negados, pois não vê cumpridas certas necessidades básicas como alimentos, saúde, moradia e educação, bens essenciais ao desenvolvimento de suas vidas com dignidade. Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna letra morta, uma vez que o Estado Democrático de Direito que o elevou à categoria de seu princípio fundamental não o torna realidade.

O Judiciário não escapa do dever crítico e ético de não aceitação e de transformação da realidade desta realidade, porque está superada a visão do Judiciário como órgão de caráter “a-político, técnico, neutro, subordinado apenas à lei parecendo, às vezes, acima ou fora do Estado e distanciado da sociedade”<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p.17-29, jul./dez. 2003, p. 26.

<sup>2</sup> ROCHA, Loudes de Maria Leitão Nunes. O Judiciário como sujeito dos processos das políticas públicas: função social e papel político. In: **Revista de Políticas Públicas** /Universidade Federal do

estando os pensadores e operadores jurídicos, desde a Constituição de 1988, mais comprometidos com a “dogmática constitucional emancipatória”, que tem como um de seus fins “contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira”<sup>3</sup>.

Esta atual realidade de exclusão exige do Judiciário um atuar comprometido com a transformação social a partir do dever de dar a maior concretude possível às promessas democráticas constitucionais. O Judiciário tem não só um dever legal em dar efetividade aos compromissos constitucionais, como também um dever ético em dar efetividade aos direitos sociais quando a ele é demandada a concretização de um desses direitos pelas vítimas do sistema.

Mas é conforme este trabalho se desenvolve que se chega ao aspecto central do que se pretende nele analisar: os limites de factibilidade do agir ético que se exige do Judiciário. Assim, pretende-se estabelecer um diálogo entre o papel do magistrado em dar efetividade aos direitos sociais que lhe são demandados pela comunidade de vítimas, dentro dos limites de possibilidade de tal agir diante da realidade concreta.

Nesse momento deparamo-nos com os mais diversos limites à tal concretização, como a evocação do Princípio da Separação dos Poderes como limite a efetivação dos direitos sociais a pretensões positivas, pois essa efetivação depende na maior das vezes da implementação de políticas públicas, de competência do poder Executivo; a também evocada falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário; e os limites econômicos, vez que os direitos mencionados estariam sujeitos à reserva do possível, estabelecida a partir do conflito entre a existência de recursos estatais escassos e demandas quase ilimitadas.

Apenas esses mencionados obstáculos é que serão objeto de nossa análise, visto que não se pretende – nem se pode pretender – o esgotamento do assunto em um trabalho científico de conclusão de curso.

O que se tentará demonstrar é que tais limites não podem ser vistos como obstáculos intransponíveis à concretização do compromisso democrático do Judiciário em dar a maior eficácia possível aos direitos sociais elevados à categoria de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido entende Clèmerson Merlin Clève:

... é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstacularizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.<sup>4</sup>

---

Maranhão, Unidade de Pós-Graduação em Ciências Sociais, programa de Pós Graduação em Políticas Públicas, vol.1, n. 1, São Luís: EDUFMA, 1995, p. 98.

<sup>3</sup> CLÈVE, C.M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, p. 18.

<sup>4</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, p. 28.



Como visto, a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais não pode ser totalmente obstada pela existência desses limites. Pelo contrário, é a partir deles que será buscado um critério condizente com os limites que a realidade impõe à efetivação desses direitos.

Portanto, o objetivo geral nesse trabalho é estabelecer, de forma simples e sucinta, um diálogo entre a necessidade de se levar os direitos sociais à sério - uma vez que são material e formalmente direitos fundamentais e pressupostos para uma existência digna e para o exercício de outros direitos - e a necessidade de um parâmetro para a efetivação dos direitos sociais prestacionais a ser adotado pelo Judiciário comprometido com a transformação da situação de exclusão social do país, tudo isso analisado dentro de diversos limites de possibilidade da realidade. Adota-se, desde logo, como marco teórico fundamental, na interpretação da função do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais, o critério do mínimo existencial, especialmente na forma abordada por Ana Paula de Barcellos.

## **1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

### **1.1 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Representando um grande avanço e uma grande conquista para os cidadãos brasileiros, a Constituição Federal de 1988 tratou dos direitos sociais não no capítulo da Ordem Econômica e Financeira, ou da Ordem Social, mas dentro do Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Assim, os direitos sociais foram elevados ao *status* de direitos fundamentais, recebendo a mesma ampla proteção que esses direitos recebem.

Reforçando a importância dos direitos sociais, no Preâmbulo da Constituição de 1988 declara-se que o Estado Democrático instituído pela Assembleia Nacional Constituinte é “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais (...)”.

O artigo 6º da Constituição da república enuncia como sendo direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a proteção à infância e a assistência

aos desamparados. O presente estudo não avançará à análise das normas de direitos sociais presentes nos artigos 7º e 8º da Constituição Federal.

Mas, de acordo com uma interpretação do artigo 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais não se limitam aos aí positivados, podendo existir direitos sociais em outras partes da Constituição, direitos positivados apenas internacionalmente em tratados, e direitos sociais não escritos, mas implícitos e decorrentes da leitura dos princípios constitucionais.<sup>5</sup>

Para José Afonso da Silva, os direitos sociais como direitos fundamentais são direitos a prestações positivas por parte do Estado, seja direta ou indiretamente, que tornam possível uma condição de vida mais digna aos mais necessitados da sociedade ao mesmo tempo em que se diminuem as desigualdades sociais. São direitos relacionados aos direitos de igualdade. Nas suas palavras: “[v]alem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”<sup>6</sup>

Baseando-se no pensamento de J. Miranda, Ingo Wolfgang Sarlet diz que se pode conceituar os direitos fundamentais sociais como “direitos à libertação da opressão social e da necessidade.”<sup>7</sup>

Mas o que significa dizer que os direitos sociais são direitos fundamentais?

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua os direitos fundamentais como:

“Aqueles posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal<sup>8,9</sup>.”

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 30, Porto Alegre, 1999, p. 106.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286-287.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 30, Porto Alegre, 1999, p. 107.

<sup>8</sup> “Aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, §2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais.” SARLET, I.W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 99.

<sup>9</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 99.

Nesse sentido, existe uma fundamentalidade formal dos direitos, baseada na sua positivação com status de direito fundamental (é o caso dos direitos sociais do Título II da Constituição Federal, que trata literalmente dos “direitos e garantias fundamentais”), e uma fundamentalidade material, relativa à ligação entre o direito e o princípio da dignidade da pessoa humana (“critério material por excelência dos direitos fundamentais sociais”<sup>10</sup>), isto é, a essencialidade desse direito para o cumprimento de uma existência humana com dignidade. Ingo Wolfgang Sarlet presume que os direitos formalmente fundamentais também são materialmente fundamentais. E a fundamentalidade material é critério usado para determinar quais direitos sociais de fora do catálogo do Título II e da própria Constituição, com base seu artigo 5º, §2º, são direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Robert Alexy divide os direitos fundamentais em a) direitos a algo, como direitos a uma abstenção ou a uma prestação positiva por parte do Estado; b) liberdades, ligado à permissão para uma atividade; e c) competências, ou poder do indivíduo de modificar sua situação jurídica. A partir dessa concepção Ingo Wolfgang Sarlet classifica os direitos fundamentais em *direitos de defesa* e *direitos a prestações*, subdividindo estes entre prestações em sentido amplo e em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).<sup>12</sup>

Os direitos *de defesa* são aqueles englobados na antigamente chamada primeira geração de direitos fundamentais, hoje primeira *dimensão* para não dar uma conotação de avanço em gerações. São os direitos de liberdade, surgidos para proteger os direitos dos indivíduos contra ingerências do Estado. São os direitos do *status libertatis* ou *status negativus*. Nele estão inscritos, de acordo com Sarlet, o direito a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, garantias fundamentais, direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e novos direitos. No plano jurídico-objetivo a função dos direitos de defesa é a de “normas de competência negativa” para o Estado, proibindo este de se interferir indevidamente na esfera individual dos cidadãos. No plano jurídico-subjetivo, esses

---

<sup>10</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 34.

<sup>11</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 17-36.

<sup>12</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 37-39.

direitos significam “o poder de exercer positivamente direitos fundamentais” e de exigir omissões do Estado.<sup>13</sup>

Após a segunda guerra mundial surgiu a necessidade de um Estado provedor, que agisse positivamente para colocar à disposição dos indivíduos meios fáticos para estes exercerem sua liberdade. Surgem aí os direitos fundamentais de segunda dimensão ou *status positivus*.

Os direitos a prestações podem ser encontrados entre os direitos individuais, os políticos e mesmo fora do catálogo de direitos fundamentais, mas eles se encontram positivados especialmente entre os direitos sociais.<sup>14</sup>

Quanto ao seu objeto os direitos a prestações podem ser direitos a prestações *materiais* ou *fáticas*, que são direitos a prestações em sentido estrito ou *status positivus socialis* (aqui se enquadram os direitos sociais), e direitos a prestações *normativas* ou *jurídica*, os direitos a prestações em sentido amplo ou *status positivus libertatis* (direitos à proteção e à participação nos procedimentos e organização).<sup>15</sup>

Esses mesmos direitos prestacionais podem ainda ser classificados entre direitos *originários* a prestações e direitos *derivados* a prestações. Foi Canotilho quem, a partir da classificação de Alexy dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, dividiu esses últimos entre direitos originários e derivados a prestações<sup>16</sup>. Aqueles podem ser exigidos diretamente a partir de sua colocação na Constituição, independentemente de existir um sistema de oferta prévia das prestações desejadas; estes representam o igual direito que todos os cidadãos devem ter de acesso aos benefícios e prestações estatais disponíveis através das instituições criadas pelo Estado.<sup>17</sup>

Dentro dessa classificação e de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, existiriam tanto direitos fundamentais sociais a *prestações materiais* ou *fáticas* (os chamados direitos prestacionais, a prestações em sentido estrito, ou *status positivus socialis*),

---

<sup>13</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 101-102.

<sup>14</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 102-103.

<sup>15</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 103.

<sup>16</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 38.

<sup>17</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 103.

os quais exigem uma atuação positiva do Estado para a diminuição das desigualdades sociais e melhoria das condições de vida da população, quanto existiriam direitos fundamentais sociais *de defesa* (também chamados de “liberdade sociais”, integrantes do *status negativus socialis* ou *status socialis libertatis*), direitos de cunho negativo, que exigem uma omissão do Estado para sua usufruição. Dentre estes últimos estariam, por exemplo, o direito a greve, do artigo 9º da Constituição Federal de 1988, e a proibição às discriminações trabalhistas, artigo 7º, incisos XXXI e XXXII da Carta Magna.<sup>18</sup>

A partir dessa classificação dos direitos fundamentais sociais é que será feita uma análise da eficácia de tais direitos.

## 1.2 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais fundamentais, assim como os atos jurídicos em geral, podem ser vistos sob quatro planos diversos: da existência, da validade, da eficácia e da efetividade. José Afonso da Silva diferencia entre a eficácia jurídica (eficácia) e a eficácia social (efetividade). Trata a eficácia jurídica como a capacidade da norma produzir efeitos jurídicos, ser exigível e aplicável desde logo. Já a eficácia social ou efetividade, tema desta monografia, seria para o autor a real aplicação da norma aos fatos.<sup>19</sup>

Luís Roberto Barroso diz que efetividade relaciona-se com a observação efetiva, o cumprimento e aplicação reais do direito no mundo fático e que significa “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação,

---

<sup>18</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 105-106.

<sup>19</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p.111.

tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”<sup>20</sup>

Antes de trabalharmos com três aspectos polêmicos do papel do Judiciário em dar efetividade aos direitos sociais no terceiro capítulo desta monografia, será feita uma breve análise do problema concernente à eficácia dos direitos sociais.

Numa digressão histórica a respeito da dogmática da eficácia das normas constitucionais, Luís Roberto Barroso conta que foi Ruy Barbosa quem trouxe para o Brasil a doutrina estadunidense que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis (*self executing*) e não auto-aplicáveis (*non self executing*), divisão depois criticada por Meirelles Teixeira, que propôs uma nova classificação, distinguindo as normas constitucionais em *normas de eficácia plena*, que produzem todos os seus efeitos essenciais desde sua promulgação, e *normas de eficácia limitada* ou *reduzida*, as quais dependem total ou parcialmente do legislador ordinário para alcançar todos os seus efeitos essenciais. Estas últimas normas, de eficácia *limitada* ou *reduzida*, se subdividem em normas *programáticas*, que tratam de temas de alto conteúdo ético-social e são programas de ação social dirigidos ao legislador infraconstitucional, e normas *de legislação*, ínsitas na parte da organização constitucional e, excepcionalmente, no que se relaciona a direitos e garantias de liberdade.<sup>21</sup>

Conforme ensina Luís Roberto Barroso<sup>22</sup>, a partir dos estudos de Meirelles Teixeira e, antes dele, de Vezio Crisafulli, José Afonso da Silva propõe em seu livro “Aplicabilidade das normas constitucionais” uma nova classificação, desta vez tricotômica, das normas constitucionais em: 1- normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (que da própria Constituição receberam normatividade suficiente para incidir de imediato); 2- normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, logo, também com normatividade suficiente para incidir de imediato, mas com possibilidade de restrição por outros meios normativos; e 3- normas de eficácia limitada ou reduzida (que dependem do legislador ordinário para completar sua regulamentação e poderem ser aplicadas).<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71.

<sup>21</sup> BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**, p. 64-65.

<sup>22</sup> BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**, p. 65-66.

<sup>23</sup> Luís Virgílio Afonso da Silva apresenta três ordens de críticas à classificação tripartite proposta por José Afonso da Silva. O primeiro problema seria terminológico, pois seria mais acurado chamar as normas de eficácia contida de normas *contíveis*, *restringíveis* ou *redutíveis*, uma vez que a norma

Teorias há que sustentam serem os direitos sociais programas de ação social, logo, inexigíveis sem uma regulamentação pelo legislador infraconstitucional. Até 1988 os direitos sociais eram enquadrados como normas de cunho programático.<sup>24</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet diz que a característica comum das normas de cunho programático é que estabelecem programas a serem realizados pelo Estado e precisarem de interposição legislativa para alcançarem a plenitude de seus efeitos. Mas para ele, todas as normas consagradoras de direitos fundamentais, mesmo as normas de cunho programático, são direta e imediatamente aplicáveis na medida de sua eficácia, e as normas de cunho programático “não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas”<sup>25</sup>. Ele também afirma que pode-se falar na existência de uma *dimensão programática* dos direitos fundamentais.<sup>26</sup>

Diante do fato de que os direitos sociais também são direitos fundamentais, teorias que recusam maior eficácia aos direitos sociais como a antiga doutrina que os enquadrava como normas programáticas, não podem ser aceitas. A análise da eficácia dos direitos sociais deve partir do princípio de que eles são direitos fundamentais.

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 instituiu que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Com isso o legislador constitucional buscou deixar claro que os direitos fundamentais não são apenas promessas, mas que tem que ser levados a sério e aplicados no máximo possível, evitando, assim, que a Constituição seja tomada apenas como uma carta de conselhos.

---

não é em si contida, havendo apenas uma possibilidade dela o vir a ser pelo legislador. A segunda ordem de problema seria classificatória pois, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a classificação deveria ser bipartite, contendo apenas as normas de eficácia plena e as de eficácia limitada, isto porque as chamadas normas de eficácia contida se enquadram dentro do gênero das de eficácia plena, uma vez que ambas têm aplicabilidade imediata e eficácia plena, com a única diferença de que as de chamada eficácia contida são restringíveis. A terceira crítica é de cunho existencial, pois questiona a própria existência das normas de eficácia contida diante do fato de que todas as normas constitucionais podem vir a ser restringidas pelo legislador ordinário. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo, 2005, p. 289-296.)

<sup>24</sup> CLÉVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, p.22.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 310.

<sup>26</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 309-312.

Apesar da norma em comento estar situada dentro do artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, a melhor doutrina, como a mencionada opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, entende ser aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais. Primeiro porque o texto da norma fala em “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”, sem fazer qualquer especificação ou restrição sobre quais seriam esses direitos e, segundo, porque a Constituição não faz diferenciação expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Ainda, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a doutrina que entende que a aplicabilidade imediata se estende a todos os direitos fundamentais sociais da Constituição (artigos 5º a 17), assim como aos outros direitos fundamentais espalhados pela Carta Magna e aqueles presentes em tratados internacionais é a que melhor se coaduna com a concepção aberta de direitos fundamentais da norma do artigo 5º, §2º, da Constituição.<sup>27</sup>

De acordo com a moderna doutrina, não existe norma constitucional desprovida de eficácia, o que existiria seria uma graduação da carga de eficácia dessas normas. E quanto aos direitos fundamentais, o que o artigo 5º, §1º faz é atribuir aos órgãos estatais o dever de dar a esses direitos a máxima eficácia possível de acordo com as características de cada direito fundamental. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a partir do pressuposto de que entre as normas definidoras de direitos fundamentais há aquelas de cunho precipuamente programático, o artigo 5º, §1º, deve ser interpretado como um tipo de mandado de otimização, conferido aos órgãos estatais o dever de dar a maior eficácia possível àquelas normas no caso concreto.<sup>28</sup>

É a partir de sua divisão dos direitos fundamentais sociais entre os de cunho *defensivo* - ou negativo - e os de cunho *prestacional* - ou positivo - que Ingo Wolfgang Sarlet analisa a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Os primeiros, de cunho defensivo, por reclamarem abstenção do Estado e não dependerem de prestações materiais deste para se realizarem, gerariam direito subjetivo para o seu titular e seriam dotados de total exigibilidade em juízo. Os direitos sociais a prestações materiais, por sua vez, seriam aptos a gerar um mínimo de eficácia jurídica diante da regra do artigo 5º, §1º da Constituição e, de acordo com a doutrina

---

<sup>27</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p.112.

<sup>28</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p.114.



majoritária, seriam normas de eficácia limitada, pois carentes de uma complementação pelo legislador infraconstitucional.<sup>29</sup>

De acordo com este autor, os tipos de eficácia normalmente atribuídos aos direitos sociais prestacionais (sendo que as eficácias mencionadas nas letras a a f são comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais<sup>30</sup>) seriam: a) o poder de revogar atos anteriores contrários a seu conteúdo, independentemente de declaração de inconstitucionalidade; b) vincular o legislador a concretizar aquilo que as normas prevêm e a se pautar nelas para a sua atuação; c) possibilitar a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos posteriores contrários a elas; d) ser parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas; e) gerar direito subjetivo negativo - posições-jurídicas subjetivas – para o titular exigir que o Estado se abstenha de agir contra o conteúdo da norma fundamental (chama isso de “dimensão negativa dos direitos positivos”); f) a proibição do retrocesso em relação aos direitos sociais prestacionais que já foram concretizados pelo legislador; g) poder de exigir diretamente certos direitos prestacionais no aspecto em que se assemelham a direitos defensivos (negativos), por exemplo, o direito a igualdade de condição para o acesso e permanência na escola (artigo 206, inciso I, da Constituição), de liberdade na educação (inciso II do mesmo artigo), de gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV), e de autonomia universitária (artigo 207).<sup>31</sup>

A controvérsia e problema maior, segundo o autor, se situam na possibilidade de se reconhecer direito subjetivo à fruição de direito prestacional em seu aspecto positivo mesmo (e não naquilo que se parece com um direito defensivo ou negativo, como acima mencionado) com base diretamente na Constituição, sem interposição legislativa infraconstitucional.<sup>32</sup>

Cabe, aqui, ressaltar, conforme o fez Ana Carolina Lopes Olsen, que não será utilizado o conceito do direito civil para se definir o que seja direito subjetivo (ou “direito subjetivo público”, como chamam no caso de direitos a prestações em face do Estado). O direito civil parte do postulado de que para cada direito subjetivo deve haver uma ação correspondente, mas esse conceito não se aplica no caso dos

---

<sup>29</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p.117.

<sup>30</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 312-317.

<sup>31</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p.117-119

<sup>32</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 308.

direitos fundamentais sociais. Estes não podem depender da existência de uma ação correspondente para serem exigíveis. Eles existem independentemente da existência dessas ações. O direito existe e por isso é exigível, e não o contrário.<sup>33</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet aponta como melhores critérios os adotados por Robert Alexy. Para ele haveria direito subjetivo a prestações originárias se cumpridos os seguintes requisitos: 1- quando o direito fosse imprescindível ao princípio da liberdade fática; e 2- quando o princípio da separação dos poderes e outros princípios materiais (em especial os relacionados a direitos fundamentais de terceiros) fossem atingidos de forma muito pequena. “Para Alexy, tais condições se encontrariam satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.”<sup>34</sup>

Clèmerson Merlin Clève analisa os direitos fundamentais em suas dimensões objetiva e subjetiva. Na dimensão *objetiva* os direitos fundamentais obrigam os poderes públicos a respeitá-los e conferirem-lhes a maior eficácia possível, seja através da atividade legislativa, prestação de serviços públicos e exercício do poder de polícia, seja por meio da atividade judiciária de *filtragem constitucional*, que fiscaliza se os atos administrativos, legislativos e jurisdicionais estão de acordo com o que preceituam os direitos fundamentais. Já na sua dimensão *subjetiva* os direitos fundamentais exerceriam três funções: a) de defesa, contra atos estatais contrários ao seu conteúdo; b) de prestação, ao exigir do Estado uma atuação positiva na implementação de seus preceitos; e c) de não discriminação, impondo o dever de que o Estado, ao colocar à disposição algum bem ou serviço indispensável ao cumprimento de um direito fundamental, o faça de modo igualitário e universal a todos os brasileiros, sem discriminação.<sup>35</sup>

O autor também classifica os direitos sociais prestacionais em direitos prestacionais originários e derivados. Ensina o autor que os direitos sociais são, em sua maioria, direitos *derivados* a prestações, os quais só se realizam completamente

---

<sup>33</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 94.

<sup>34</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p. 119.

<sup>35</sup> A discriminação só se justificaria, segundo o autor, se fosse temporária e com finalidade constitucional de melhor cumprir o princípio da igualdade, tratando desigualmente os desiguais, como em ações afirmativas. CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, p.22-23.

após regulamentação e a implementação de uma política ou serviço público ou de uma dotação orçamentária. É, por exemplo, o caso do direito à moradia que, por ainda não ter sido regulamentado, carece de uma definitiva posição jurídico-subjetiva positiva de vantagem, não podendo ser reclamado diretamente. Mas, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que vincula os poderes públicos a cumpri-los, permite que se exija do Estado a adoção de políticas públicas para a efetivação desses direitos prestacionais derivados.<sup>36</sup>

Apesar de em menor número, também podem ser encontrados direitos sociais prestacionais *originários* na Carta Constitucional, como o direito ao ensino fundamental e o direito à saúde. São originários, desde logo exigíveis diretamente da norma constitucional, inclusive perante o Judiciário, mas o autor alerta que mesmo os direitos originários têm limites: também são direitos de satisfação progressiva, dependentes do nível de riqueza do país para a sua efetivação.<sup>37</sup>

Clèmerson Merlin Clève afasta a antiga doutrina que tratava os direitos prestacionais (onde se enquadra a maioria dos direitos sociais) como normas de eficácia programática, limitada, e adota o pensamento de que esses direitos são de eficácia progressiva, mas que sempre produzem uma eficácia, ainda que mínima. Em sua dimensão *objetiva*, os direitos fundamentais prestacionais produzem eficácia negativa por invalidarem os atos anteriores ou posteriores à Constituição que lhes sejam contrários (por meio de revogação ou inconstitucionalidade, respectivamente), e obrigam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a respeitá-los, agirem conforme seus preceitos e conferirem-lhes a maior eficácia possível. Na dimensão subjetiva os direitos fundamentais prestacionais criam posições jurídico-subjetivas *negativas* de vantagem. Quanto às situações jurídico-subjetivas *positivas* de vantagem, elas existem, ainda que limitadamente, em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que obriga o Estado a prover aquele mínimo necessário para a existência digna do ser humano: o *mínimo existencial*, o qual obriga o Estado a respeitar “uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais”, sem a qual não há dignidade humana. O cidadão é legitimado a exigir

---

<sup>36</sup> CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, p.23-24, 26.

<sup>37</sup> CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, p.23-24.

desde logo do Judiciário a prestação dessa dimensão mínima do direito fundamental social, mesmo dos prestacionais derivados.<sup>38</sup>

Gustavo Amaral destaca como a antiga distinção entre direitos sociais como positivos, de primeira geração, dependentes de recursos e aplicáveis somente com mediação do legislador e de políticas públicas, e direitos da liberdade como direitos negativos, de segunda geração, gratuitos e imediatamente aplicáveis é artificial. A partir da obra de Cass Sunstein e Stephen Holmes fica claro que todos os direitos demandam recursos, não apenas os chamados “positivos”. É errado separar os direitos em gerações como se faz classicamente, o certo é falar em *dimensões* dos direitos fundamentais, como faz Clèmerson Merlin Clève, que esclarece que tanto os direitos positivos como os negativos têm em si dimensões positivas e dimensões negativas, aspectos que demandam ações do Estado e aspectos que demandam abstenções deste. Um mesmo direito, segundo Gustavo Amaral, pode gerar para o particular pretensões positivas – de ação estatal - e negativas – de abstenção.<sup>39</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet também entende que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva, mesmo os de defesa, pois para sua realização exigem tanto recursos materiais quanto humanos. Entretanto, o fator custo nunca foi um impeditivo para que o Judiciário admitisse a aplicação imediata de direitos subjetivos de conteúdo negativo.<sup>40</sup>

O aspecto do custo da implementação dos direitos prestacionais, a obra de Holmes e Sustain e o posicionamento de Gustavo Amaral serão mais especialmente tratados quando for se falar do limite da reserva do possível, no ponto 3.3 deste trabalho. Mas cumpre destacar aqui que este autor entende que diante de uma pretensão positiva - a qual demanda a despesa de recursos, que são escassos – pode surgir a necessidade de escolhas trágicas sobre a alocação desses recursos e, então, para o Judiciário decidir sobre o atendimento ou não da pretensão ele deverá pautar-se pelo grau de essencialidade dessa pretensão, em função do mínimo existencial.

Logo, quando se trata de decidir pelo atendimento ou não de uma demanda que envolve a despesa de recursos escassos, como é o caso dos direitos sociais prestacionais, o mínimo existencial é um critério adotado em comum pelos autores

---

<sup>38</sup> CLÈVE, C. M.. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, p.26-27.

<sup>39</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>40</sup> SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**, p. 301-302.

trabalhados nesse ponto. O problema está em definir o que seja esse mínimo existencial em cada caso concreto, dilema que será objeto de análise no capítulo 3 deste trabalho.

A conclusão parcial a que se pode chegar é que os direitos sociais são o meio pelo qual se proporcionam condições mínimas de vida para as pessoas poderem viver dignamente, sem perder sua humanidade. Os direitos sociais são pressupostos para o usufruto dos outros direitos, inclusive os “de liberdade”, pois uma pessoa com problemas de saúde não tratados, sem ter onde morar, analfabeta, sem trabalho, sem ter o que comer, o que vestir, nem um moradia simples para se abrigar e dormir, que sobrevive à mercê das intempéries do mundo e sem alguém para lhe amparar, está tendo sua humanidade, sua dignidade e suas condições mínimas de vida negadas.

Diante da fundamentalidade dos direitos sociais (fundamentalidade material – pois propiciam condições mínimas de vida e dignidade às pessoas - e formal – direitos elevados à categoria de fundamentais pela Constituição de 1988) é necessário dar-lhes a maior efetividade possível. Mas não se pode esquecer que a realidade material impõe seus limites, os quais têm que ser levados em grande consideração quando se for decidir pela efetivação de um direito social, pois não se pode querer concretizar o que é impossível.

Concluída esta breve análise do problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais, cumpre salientar que esse estudo, daqui em diante, voltará sua atenção especificamente ao problema da efetividade dos direitos fundamentais sociais a prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais a prestações materiais ou direitos sociais prestacionais), uma vez que são esses os direitos mais afetados pela reserva do possível, um dos três motivos comumente invocados para fundamentar a impossibilidade de efetivação de direitos sociais prestacionais pelo Judiciário que serão analisados no próximo capítulo.

## **2 OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

## 2.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Um dos argumentos mais utilizados para fundamentar a oposição à atuação do Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais sociais é aquele que diz que agindo nessa seara o Juiz estaria infringindo o princípio da separação dos poderes.

Diante da nova mentalidade exigida do Poder Judiciário em relação ao seu papel concretizador de direitos fundamentais e transformador da realidade social excludente, torna-se mister revisar a clássica noção da tripartição de poderes, que alimenta o dogma de que juízes não devem imiscuir-se nessa área da efetivação dos direitos sociais.<sup>41</sup>

O princípio da separação dos poderes, coroado na nossa Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, tem origem remota em Aristóteles e na sua teoria da Constituição mista. Defendia ele que a melhor forma de governo era aquela em que os diversos grupos sociais participassem no exercício do poder político, de modo que cada um fiscalizasse o exercício do poder dos outros e tomasse conta do interesse de todos.<sup>42</sup>

A moderna concepção desse princípio surge num contexto histórico e social específico, o da revolução francesa, da derrubada das monarquias absolutistas e da ascensão da burguesia ao poder. O propósito dessa nova classe dominante era criar uma estrutura de governo na qual restassem protegidos os seus direitos individuais contra um poder tirano do Estado.<sup>43</sup> Segundo Kant, para cumprir tal finalidade é que é concebido o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade.<sup>44</sup>

Diz-se, então, que a moderna concepção da tripartição dos poderes nasce com um caráter instrumental. Sua função precípua é proteger os direitos individuais burgueses contra o exercício de um poder tirano. Acontece que, como o Parlamento tomou parte destacada no momento revolucionário em comento, o princípio da separação dos poderes acabou mergulhado numa concepção dogmática que

---

<sup>41</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (org). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 512.

<sup>42</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 210.

<sup>43</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 211.

<sup>44</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 211.

preceituava a supremacia do Parlamento – poder legislativo – e, portanto, da lei, em detrimento da importância política do poder Judiciário.<sup>45</sup> Consagrou-se a ideia do juiz ser mera boca da lei.

Segundo Clèmerson Merlin Clève, os revolucionários acreditavam que a lei criada pelo Parlamento jamais seria injusta ou atentatória da liberdade, pois era feita pelos representantes do povo (questão da legitimidade de *forma* da lei) e estes eram iluminados pela razão (questão de *fundo* da lei). No entanto, “[o] culto da lei pelo liberalismo produziu conseqüências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma.”<sup>46</sup>

Ao longo do século XX, as Constituições tiveram seu conteúdo alargado. A elas, que antes se atribuía apenas caráter organizatório e de disposições gerais, passou-se a reconhecer um caráter normativo, capaz de produzir efeitos diretamente. Esse novo contexto possibilitou o surgimento do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário.<sup>47</sup>

Mas, mesmo diante desse novo quadro, no qual o Judiciário ganhou poder enquanto enfraqueceu-se a ideia da supremacia da lei e do Parlamento, a concepção da teoria da separação dos poderes continuou sendo aquela antiquada formulada nos idos das revoluções burguesas.

Essa já defasada noção da teoria da tripartição - na qual há supremacia da lei e do Parlamento e a conseqüente diminuição do papel do Judiciário - foi recepcionada nos países de tradição romano-germânica e, logo, no Brasil.<sup>48</sup> E, em que pese tal teoria européia continental ter sido transportada para um contexto histórico e social absolutamente distinto, ela não sofreu qualquer adaptação.

O enorme número de vítimas criadas pelo sistema social excludente na realidade brasileira exige que os direitos fundamentais sociais esculpidos na Constituição do país sejam aplicados da mais extensa forma possível, de forma a

---

<sup>45</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 213.

<sup>46</sup> CLÈVE, C. M. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: **Uma vida dedicada ao direito** – homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas, 1995, pág. 34-35, *apud* BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 213.

<sup>47</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 214.

<sup>48</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 213.

garantir os mais básicos direitos a essas pessoas e, assim, sua dignidade humana – princípio máximo do Estado.

Dessa forma, é imperioso rever o princípio da separação dos poderes à luz do nosso contexto social, a fim de não dissociar a lei da realidade e de não permitir que um princípio já esvaziado de significado seja motivo para a continuada negação da vida concreta da maior parte da população brasileira.

Uma nova visão da teoria da separação dos poderes deve levar em conta dois aspectos: primeiro, que tal teoria sempre teve e continua a ter um caráter instrumental; segundo, que o que está a ocorrer é uma crise da legitimidade democrática do parlamento – histórico local de representação do povo – o qual reflete-se numa idéia de que a crise está também na teoria da tripartição dos poderes.

Esse segundo ponto será tratado no capítulo seguinte, quando falaremos da legitimidade democrática do Judiciário. Por ora, nos deteremos na análise do caráter instrumental do princípio da separação dos poderes.

Inicialmente, cabe dizer que a separação dos poderes não é de forma alguma absoluta. A Constituição Federal de 1988 criou uma malha de competências privativas para cada um dos poderes do Estado e, como é próprio do sistema presidencialista que foi adotado pelo Brasil, cada poder exerce uma função correspondente ao seu nome. Ao Poder Legislativo cabe preponderantemente legislar, isto é, inovar no ordenamento jurídico; ao Executivo cabe administrar, aplicar a lei de ofício; e ao Judiciário julgar, aplicar a lei contenciosamente. Mas tais funções não são exercidas com exclusividade como parece à primeira vista.<sup>49</sup>

Malcolm Feeley e Edward Rubin chegaram à conclusão parecida analisando as intervenções judiciais que gradualmente reformaram o sistema prisional estadunidense. De acordo com Marcos Maselli Gouvêa, estes autores entenderam que o argumento da separação de poderes estava relacionado às funções de cada poder e da transposição dos limites entre eles:

“De acordo com esse argumento, um ramo poderia adentrar à esfera de atribuições de outro desde que isto não interferisse nas funções próprias deste outro ramo. Feeley e Rubin sustentam que este argumento é “metafísico, nem tanto pela dificuldade de identificar as funções essenciais

---

<sup>49</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 222.



[*core functions*] de um dado ramo, mas porque não existe razão óbvia para que se dê tal proibição”.<sup>50</sup>

A respeito das funções exercidas por cada poder, o Poder Executivo não só administra, ele também pode exercer atividade judicante - como se passa nos contenciosos administrativos (artigo 5º, LV, CF) – e atividade legislativa – competência própria nas medidas provisórias (artigo 62, CF) e decretos que podem alterar alíquotas de certos impostos (artigo 153, §1º, CF).<sup>51</sup>

O Poder Legislativo administra quando organiza seu pessoal (artigos 51, IV; e 52, XIII, da CF) e exerce papel judicante ao processar e julgar crimes de responsabilidade (artigo 52, I e II, CF).<sup>52</sup>

Da mesma forma, o Judiciário também pode, dentro de determinadas hipóteses, administrar - também seu próprio pessoal (artigos 93, X, e 96, ambos da CF) - e legislar - como quando os Tribunais formulam seus regimentos internos (artigo 96, I, a, CF).<sup>53</sup>

Por outro lado, os poderes também se fiscalizam uns aos outros em suas atividades, num sistema de freios e contra-pesos.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – órgãos máximos do Poder Judiciário – têm seus membros nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, numa clara interferência dos Poderes Executivo e Legislativo no Judiciário. Este, por sua vez, pode analisar a constitucionalidade e a legalidade dos atos produzidos pelos outros dois poderes, e invalidá-los se necessário for (vide artigos 5º, LXIX; 102, I, a; e 125, §2º, todos da CF).<sup>54</sup>

Diante dessa inter-relação entre os três poderes da federação e do poder do Judiciário de controlar as atividades dos outros poderes, seja pelo controle negativo (negando força a atos ilegais ou inconstitucionais), seja no positivo (impondo

---

<sup>50</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 173 e 193.

<sup>51</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 223.

<sup>52</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 223.

<sup>53</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 223.

<sup>54</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 223-224.

condutas), parte da doutrina entende que não se adota no Brasil a teoria da Separação dos Poderes, mas sim a teoria do Balanceamento dos Poderes.<sup>55</sup>

Agora, especificamente quanto à instrumentalidade ínsita no princípio da tripartição, a idéia de separar os poderes não é um fim, ou um valor, em si mesmo. A função inicial deste princípio foi a de garantir o respeito aos direitos e liberdades individuais contra o exercício de um poder político arbitrário que pode surgir quando o exercício do poder é concentrado, quando não é dividido, limitado e controlado.<sup>56</sup>

O princípio da separação dos poderes continua a ser importante, pois o poder em si continua a ser o mesmo, gerando nos homens a tentação de dele abusar. Como acertadamente diz Ana Paula de Barcellos, “[o] poder concentrado continua sendo uma ameaça aos direitos individuais e, portanto, controlá-lo através da divisão de seu exercício permanece uma necessidade imperiosa.”<sup>57</sup> Mas o antigo formato do princípio, que confere preeminência ao Legislativo, não atende às necessidades contemporâneas do Brasil.<sup>58</sup>

No nosso país a maioria da população vive abaixo da linha da pobreza, sem moradia; as doenças que mais matam são aquelas que poderiam ser erradicadas com programas simples de saneamento; há uma elevada taxa de mortalidade infantil; é insuficiente o sistema de atendimento à saúde; e grande parte da população é analfabeta. Citando apenas esses poucos aspectos da realidade social do Brasil é fácil perceber que os direitos sociais consagrados na Constituição não são respeitados e que isso leva à séria consequência do descumprimento do preceito mais fundamental do nosso ordenamento jurídico, que é a proteção da dignidade da pessoa humana.

Diante desse quadro, a separação dos poderes, hoje, no Brasil, deve servir de instrumento para a proteção daqueles direitos que são pressupostos para o exercício dos direitos individuais de liberdade: os direitos sociais. Sem condições mínimas de saúde, educação ou moradia resta ferida a própria dignidade humana do sujeito. Sem essas condições mínimas de sobrevivência e, além disso, de

---

<sup>55</sup> ARENHART, S. C. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (org). **Processo Civil Coletivo**, p.513. O STF já se posicionou nesse sentido.

<sup>56</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 215.

<sup>57</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 216.

<sup>58</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 216.

desenvolvimento de uma vida com dignidade, resta prejudicado o próprio direito à vida ou à liberdade, isto é, ficam sem efeito os próprios direitos relativos à liberdade individual.

Nos dizeres de Andreas J. KRELL:

“(...) no Estado moderno, os Direitos Fundamentais clássicos ligados à liberdade estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças. Os Direitos Fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização.”<sup>59</sup>

Portanto, não faz sentido o princípio da tripartição dos poderes ter a função principal de garantir direitos individuais contra um poder tirano se não há direitos individuais a serem protegidos antes de se garantir mínimas condições de sobrevivência digna a toda a população brasileira de miseráveis e excluídos; e isso se dará a partir do respeito e da máxima efetividade atribuída aos direitos fundamentais sociais.

É dentro dessa função precípua que deve ser interpretado hoje o princípio da separação dos poderes. Cada um dos três poderes do Estado deve atuar no sentido de fazer valer os mandamentos constitucionais, tendo sempre em vista o respeito à dignidade da pessoa humana. E cada poder deve zelar para que os outros ajam no exato mesmo sentido. E se a dignidade da pessoa humana é o valor máximo do Estado, os poderes devem atuar no sentido de dar a máxima efetividade aos direitos sociais, que garantirão que essa dignidade não seja desrespeitada.

De acordo com Andreas J. KRELL, “[o] vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu , está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar a servir ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a *omissão* estatal.”<sup>60</sup>

Quando o Poder Legislativo deixa de regulamentar mais profunda e especificamente a respeito de um direito social, ou quando o Executivo deixa de

---

<sup>59</sup> KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada:** construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 38-39.

<sup>60</sup> KRELL, A. J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada:** construindo pontes entre o público e o privado, p. 53.

colocar como meta prioritária dos orçamentos e das políticas públicas o atendimento aos direitos fundamentais sociais, esses direitos podem funcionar como direitos subjetivos a serem reivindicados por meio de ações de inconstitucionalidade por ação ou omissão.<sup>61</sup>

Cabe, então, ao Poder Judiciário nesses casos garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, da dignidade da pessoa humana e, portanto, da Constituição e de seu valor supremo. A necessidade precípua de se garantir esses direitos fundamentais mudou não só a finalidade e a idéia do princípio da separação dos poderes como atribuiu ao Judiciário um novo papel: de interventor na realidade social, de importante participante na transformação do *status quo* e na melhora das condições de vida da população.

Entretanto, há ainda uma forte resistência dos próprios membros do Judiciário em assumir esse novo papel. Conforme observou Andreas J. Krell, Boaventura de Souza Santos ressalta o fato de que em países como o Brasil os juízes não conseguem assumir a co-responsabilidade na ação social do Estado. Há dificuldade, nesse ponto, em “controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes”<sup>62</sup>.

Contra juízes ainda apegado à racionalidade formal e à manutenção do *status quo*, Clèmerson Merlin Clève defende um Judiciário que aja visando a realização concreta das diretrizes constitucionais.<sup>63</sup>

Para Sérgio Cruz Arenhart o princípio da separação dos poderes é antes um argumento usado por quem quer em certas ocasiões impedir a atuação judicial, do que um verdadeiro obstáculo a limitar a função jurisdicional. Nesse contexto o autor destaca “a necessidade de conscientização aos magistrados do papel político por eles desempenhado, bem como a imposição de se revisar os pressupostos e dogmas em que opera o Judiciário nacional”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> KRELL, A. J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**, p. 52.

<sup>62</sup> KRELL, A. J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**, p. 54.

<sup>63</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: **Democracia e Justiça – O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito** (Anais), Porto Alegre: TJERS, 1998, p.112.

<sup>64</sup> ARENHART, S. C. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (org). **Processo Civil Coletivo**, p.515.

Andreas J. Krell afirma que “o sistema jurídico brasileiro já está desenvolvendo uma nova visão do princípio da Separação dos Poderes, ainda que uma boa parte dos seus operadores ainda não se deu conta desse fato”<sup>65</sup>.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O princípio da legitimidade democrática é uma decorrência do princípio da separação dos poderes e diz que deve haver um órgão representativo ao qual caiba tomar as decisões sobre a vida social do país. Enquanto o clássico princípio da separação dos poderes coloca o Legislativo no papel de elaborar as leis, o princípio da igualdade – fundamento da regra da maioria democrática – determina que, sendo todos os homens iguais, “o poder de decidir sobre o que quer que afete a coletividade só pode pertencer à própria coletividade”<sup>66</sup>.

Feeley e Rubin também entendem, segundo Marcos Maselli Gouvêa, que a idéia que está por trás do princípio da separação dos poderes é a de que as decisões mais importantes do Estado devem ser tomadas pelos órgãos eleitos pelo povo e que, portanto, os representa, ou seja, o valor por detrás da separação de poderes é o princípio majoritário.<sup>67</sup>

O princípio da legitimidade democrática não é instrumento como a separação dos poderes, pois ela cumpre um valor: de concretizar o princípio da igualdade no exercício do poder político.<sup>68</sup> A regra da maioria democrática se realizaria no Poder Legislativo e no Executivo, cujos componentes são eleitos direta e democraticamente pela vontade da maioria do povo.

Quando o Poder Judiciário concretiza diretamente um comando constitucional, por exemplo, atendendo a uma demanda pela efetivação de um direito social, ou quando ele julga procedente uma ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou uma arguição de descumprimento de preceito

---

<sup>65</sup> KRELL, A. J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**, p. 56.

<sup>66</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 226.

<sup>67</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**, p. 193.

<sup>68</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 226.

fundamental, há uma interferência da legitimidade da Justiça Constitucional na legitimidade majoritária dos Poderes Legislativo ou Executivo.

Tal interferência só é legítima se o princípio da maioria democrática não for absoluto, admitindo restrições. A respeito do assunto, duas correntes teóricas posicionam-se sobre a legitimidade do Judiciário: o procedimentalismo e o substancialismo.

Para os procedimentalistas, o controle realizado pelos juízes, que não possuem legitimidade democrática direta, sobre os atos praticados pelos demais poderes, imbuídos de representação democrática, traria sério prejuízo à democracia. Defendem também que a Constituição seria composta somente de normas com caráter deontológico, nunca axiológico. Exponente dessa teoria foi Jürgen Habermas, para quem ao Judiciário cabe apenas garantir que se verifiquem as condições necessárias ao processo democrático, cabendo, a partir daí, aos próprios cidadãos defenderem seus interesses, não ao Judiciário.<sup>69</sup>

Ana Carolina Lopes Olsen critica a tese procedimentalista por não levar em consideração a realidade social brasileira “em que não há sequer conhecimento das regras constitucionais pela população, o que certamente dificulta o exercício desse controle de forma direta. Seria necessário primeiramente criar uma consciência constitucional na população, educá-la no sentido de torná-la capaz de realizar análises críticas, para então lhe atribuir esse tipo de competência.”<sup>70</sup> A autora conclui que:

“[a] doutrina procedimentalista não é a que mais se adapta à leitura da Constituição brasileira, que, assim com em muitos países de modernidade tardia, ainda luta pela realização no corpo social de uma série de prerrogativas que já foram satisfeitas em outras sociedades. A Constituição como forma, como garantia do processo democrático, pode suprir as expectativas de uma sociedade altamente desenvolvida, em que os cidadãos têm sua sobrevivência garantida e podem à esfera pública de discussão para lutar pelos seus interesses políticos. Nessas condições, basta, de fato, que os tribunais garantam, tão somente, que todos sejam ouvidos. Não é o que se verifica na sociedade brasileira, razão pela qual o procedimentalismo deve ser visto com reservas.”<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 289-292.

<sup>70</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 294.

<sup>71</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 301.

Criticando a teoria procedimentalista, surgiu o substancialismo, defendendo a Constituição como sistema de normas informado por valores, que determina o agir político do Estado. Mauro Capelletti é um dos maiores defensores do substancialismo e vê no Judiciário um meio das minorias, que não têm acesso ao jogo democrático, poderem se expressar.<sup>72</sup>

Ana Paula de Barcelos defende a relatividade do princípio da legitimidade democrática. Segundo a autora:

“A democracia exige mais do que a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Na verdade, como já se referiu, os direitos fundamentais – e não apenas os individuais e políticos, mas também os sociais – apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites”<sup>73</sup>.

O limite ao princípio majoritário estaria, num exemplo dado pela autora, no fato de que a maioria representada no poder jamais poderia, com base na sua legitimidade majoritária, sobrepor seus interesses aos direitos dos membros da minoria, pois desta forma estaria não só violando os direitos fundamentais dessa minoria como o próprio princípio igualitário que lhe permitiu chegar ao poder.<sup>74</sup>

Fundamentando o princípio da legitimidade democrática está o princípio da igualdade, o qual só é respeitado se todos, inclusive as minorias vencidas, tenham seus direitos fundamentais e, portanto, sua humanidade, respeitados.<sup>75</sup>

Assim, percebe-se que o princípio majoritário é relativo, pois sempre deve ser respeitado o princípio da igualdade e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Tanto o princípio da separação dos poderes quanto o princípio majoritário não são um fim em si mesmos. Ambos, hoje, têm por reconhecida finalidade proteger a dignidade humana, a qual só se verifica na medida em que são concretizados os direitos fundamentais, especialmente os sociais.

---

<sup>72</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 295-296.

<sup>73</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 227.

<sup>74</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 229. A autora cita J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 1997, p.311, que diz: “A democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário, mas isso não significa qualquer ‘absolutismo da maioria’ e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias.”

<sup>75</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 227-228.

Desta forma, em que pese a existência dos princípios majoritário e da separação dos poderes, o Poder Judiciário tem legitimidade de, mediante provocação de um interessado, sindicalizar a efetividade de “normas pertinentes à dignidade em seu aspecto material”<sup>76</sup>.

Ana Paula de Barcellos aponta uma série de fundamentos da legitimidade do Judiciário nesse aspecto. Refuta-se o argumento da falta de legitimidade democrática do Judiciário diante dos seguintes argumentos: o Poder Judiciário foi criado pela própria Constituição, que por sua vez foi criada pelos representantes do povo; os órgãos de cúpula do Judiciário são ocupados por membros escolhidos pela vontade conjunta do Legislativo e do Executivo; grupos minoritários que não conseguiram se fazer ouvir por meio do processo político, sempre terão o Judiciário a quem recorrer para fazer suas reivindicações; como há amplo contraditório das partes no processo judicial, pode-se dizer que nele há maior participação do que em outro processo público; o fundamento e limite da atividade dos juízes é sempre a lei e a Constituição, criados pela vontade dos representantes do povo; as decisões judiciais são sempre motivadas, públicas e passíveis de revisão, o que as torna acessíveis a todos. Dessas características é possível aferir que o Poder Judiciário não carece de representatividade e, portanto, de legitimidade democrática.<sup>77</sup>

Assim, o argumento de que o Judiciário, atuando como efetivador de direitos fundamentais sociais, estaria ferindo o princípio majoritário é rapidamente refutado diante da relativização deste princípio e do fato de que também no Poder Judiciário há representatividade popular.

Mauro Cappelletti faz também essas críticas, e ainda outra, muito realista e mais contundente. Para ele, foi abandonada a utopia ocidental de que os poderes políticos – os membros eleitos dos poderes Executivo e Legislativo - conseguem abranger em suas decisões o consenso de, pelo menos, a maioria seus governados. Nem por meio de eleições democráticas e diretas haveria uma real representatividade dos eleitos pelo povo. O autor cita a análise que o cientista político e jurista Martin Shapiro faz do sistema estadunidense, a qual Cappelletti considera facilmente aplicável ao caso do Brasil:

---

<sup>76</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 230-231.

<sup>77</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 231-232.



“O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, freqüentemente, o compromisso ente grupos com interesses conflitantes.”<sup>78</sup>

No mesmo sentido, Marcos Maselli Gouvêa, analisando a tese de Feeley e Rubin, diz que:

“A investidura popular não outorga ao Legislativo e ao Executivo uma legitimidade maior do que a do Judiciário. Instituições democráticas não se caracterizam necessariamente pelo provimento por eleição. Ao passo que diversas ditaduras ao longo da história foram instauradas por sufrágio, muitos outros critérios vêm sendo propostos para qualificar um regime de democrático: o respeito pelos direitos individuais, o respeito à lei, a promoção de oportunidades de expressão e participação popular.”<sup>79</sup>

Mauro Cappelletti conclui que não existe democracia em um ambiente no qual fiquem desprotegidos direitos e liberdades fundamentais. Para ele, a democracia não se reduz a uma simples idéia majoritária, ela também envolve participação, tolerância e liberdade. E “[u]m judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia (...)”<sup>80</sup>.

De forma parecida, Robert Alexy diz que os direitos fundamentais sociais são tão importantes que a decisão sobre serem ou não outorgados não pode depender da simples maioria parlamentar.<sup>81</sup>

Para Ana Paula de Barcelos, legitimidade do Judiciário em sindicalizar direitos fundamentais sociais há. O que importa é verificar os limites de tal legitimidade, que para ela seriam a impossibilidade do juiz fixar amplamente políticas públicas ou

---

<sup>78</sup> SHAPIRO, M. **Freedom of Speech**: The Supreme Court and Judicial Review. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966, p.24. *apud* CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (tradução). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 94-95.

<sup>79</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**, p. 194.

<sup>80</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (tradução). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 106-107.

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés, Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 494: “ (...) esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria.”

discrecionalmente escolher uma solução política para o caso quando há várias e a maioria já optou por uma.<sup>82</sup>

Mauro Capelletti enuncia três regras fundamentais que constituem limites procedimentais à atividade jurisdicional, os quais acabam por diferenciá-la da atividade legislativa: “*nemo iudex in causa própria*”, impondo uma posição imparcial do juiz perante as partes; “*audiatur et altera pars*”, que permite que as partes tenham uma igual oportunidade de se defenderem em juízo; e “*nemo iudex sine actore*” ou “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*”, significando que o juiz só pode agir se provocado, nunca de ofício.<sup>83</sup>

Segundo Ana Paula de Barcellos, a convivência harmônica entre os princípios majoritário e da separação dos poderes com a eficácia positiva da dignidade humana está em “atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado *mínimo existencial*.”<sup>84</sup> Desta forma, ainda que mude a maioria no poder e suas opções políticas, sempre deverá ser preservado e poderá ser reivindicado judicialmente o mínimo existencial, o qual é a medida de um patamar mínimo de condições materiais de vida abaixo do qual resta ferida a dignidade humana.<sup>85</sup>

## 2.3 O LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL

Há uma doutrina que considera os direitos fundamentais sociais, mesmo os prestacionais, como direitos absolutos, isto é, cuja concretização é exigível perante o Judiciário sem análise da existência ou não de recursos para tanto. Um exemplo disso foi uma decisão do Tribunal de Santa Catarina que, diante do pleito de uma vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, doença congênita de origem genética, entendeu que o Estado deveria custear o tratamento experimental, isso por ser o direito à saúde direito absoluto e incontestável, sendo o Judiciário impedido de

---

<sup>82</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 232.

<sup>83</sup> CAPPELLETTI, M. **Juizes Legisladores?** p. 75-76.

<sup>84</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 233.

<sup>85</sup> BARCELLOS, A.P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 233.

analisar as possibilidades de recursos, pois ao Estado caberia acatar o direito à saúde em qualquer caso.<sup>86</sup>

Entretanto, essa solução não é a melhor, por ser demais extremada e não levar em consideração a realidade sócio-econômica e a provável escassez de recursos diante das infinitas necessidades a serem atendidas, fato que fundamenta a teoria da reserva do possível. Mais adequada é a doutrina que propugna que os direitos fundamentais sociais estão sujeitos a uma análise perante outros elementos, inclusive econômicos, antes de se decidir sobre atendê-los ou não no caso concreto.

<sup>87</sup> É aí que se situa a discussão a respeito da reserva do possível.

A doutrina do limite da reserva do possível surgiu na Alemanha com o caso *numerus clausus* julgado pelo Tribunal Constitucional Federal deste país. Nesse contexto, a reserva do possível representou um limite àquilo que o titular de direitos fundamentais prestacionais poderia pretender do Estado, uma vez que não lhes caberia exigir prestações positivas para além do que o Estado já havia proporcionado de acordo com seus deveres constitucionais, tudo analisado sob o prisma da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>88</sup>

A idéia foi adotada pelo Brasil com outro conteúdo, significando a impossibilidade de certas vezes se dar implementação a direitos de índole social que demandam dinheiro para sua efetivação em virtude da escassez de recursos. E essa é a primeira crítica possível à teoria da reserva do possível no Brasil: a transposição dessa doutrina para o Brasil se deu sem uma adaptação indispensável por se tratar de algo construído na Alemanha, um país onde o Estado Social se consolidou, e o Brasil, onde tal fato nunca aconteceu.<sup>89</sup>

De acordo com Ana Carolina Lopes Olsen: “A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos

---

<sup>86</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, p. 26-29.

<sup>87</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, 244 e 247.

<sup>88</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 229 e 236-237.

<sup>89</sup> PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e perspectivas. In: Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. Año 8, Nº 15: Primer semestre de 2006. Fonte: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm> Acesso em: 05 de agosto de 2007, p. 139.

fundamentais prestacionais.”<sup>90</sup> Outra crítica que a autora faz é a de que, ao contrário do que acontece na Alemanha, os direitos fundamentais sociais prestacionais no Brasil estão expressamente positivados na Constituição, exigindo, assim, que o Estado destine recursos para sua satisfação.<sup>91</sup>

A doutrina da chamada “reserva do possível” ou “reserva de cofres públicos” foi adotada no Brasil e é reiteradamente usada como motivo para se recusar dar efetividade aos direitos sociais prestacionais, chamados de “direitos positivos” pelo fato da concretização desses direitos demandar recursos, os quais são escassos. Conforme ensina Ana Paula de Barcellos: “Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como um mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais.”<sup>92</sup>

A reserva do possível pode ser vista sob dois aspectos: como limite imanente dos direitos fundamentais sociais, no qual a escassez seria um elemento essencial na realização do direito (tese à qual se filia Gustavo Amaral<sup>93</sup>); ou como elemento externo ao direito, (como entende Ana Paula de Barcellos<sup>94</sup>), de acordo com o qual a escassez de recursos não influencia na existência jurídica do direito – sua vigência-, mas pode comprometer sua eficácia.<sup>95</sup>

Também para Ingo Wolfgang Sarlet a reserva do possível não é um elemento integrante dos direitos fundamentais ou de seu núcleo essencial; trata-se de um limite jurídico e fático desses direitos.<sup>96</sup> Posicionando-se contra a teoria da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais, Ana Carolina Lopes Olsen diz: “Não se pode afirmar que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível de modo que, por exemplo, fornecer remédios para

---

<sup>90</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 238.

<sup>91</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 238.

<sup>92</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 237.

<sup>93</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**. p. 147.

<sup>94</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 236.

<sup>95</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 206.

<sup>96</sup> SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. p. 305 e 307.

o tratamento de gripe é possível, enquanto fornecer remédios para o tratamento de hepatite “B” não é possível.”<sup>97</sup>

Em qualquer caso, o argumento da escassez de recursos não poder ser ignorado, pois a realidade concreta deve ser levada em consideração pelo intérprete constitucional e na passagem do mundo do dever-ser para o mundo do ser, o motivo tem sido usado de forma abusiva e muitas vezes irrefletida, pois uma análise mais cautelosa demonstraria que o argumento da reserva do possível é em muitos casos superável quando se trata de dar efetividade aos direitos sociais prestacionais.

O que tem ligado tão fortemente esses direitos ao argumento da reserva do possível é a idéia por muito tempo consolidada no Brasil de que direitos sociais são os direitos de segunda geração e direitos positivos, que demandam recursos na sua implementação, ao contrário dos direitos de primeira geração ou direitos de liberdade, que não exigiriam custos para serem usufruídos.

Isso precisou ser repensado quando novas idéias foram trazidas por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein no livro intitulado “*The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*”, publicado em 1999. Com o objetivo de “desfazer a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos”<sup>98</sup> os autores analisaram os custos dos direitos em geral e concluíram que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõe o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los.”<sup>99</sup>

Desta forma, não são somente os direitos sociais que custam dinheiro, mas os da chamada primeira geração também. De acordo com Ana Paula de Barcellos:

“Assim, a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desse modo, o argumento que afastava, *tout court*, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro não se sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está muito acostumado a eles.”<sup>100</sup>

Por outro lado, também há direitos sociais que não se encaixariam como direitos positivos, como exemplificou Gustavo Amaral ao dizer que “...a identificação dos direitos sociais como positivos é artificial. Há direitos sociais que são

---

<sup>97</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 202.

<sup>98</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**, p. 71.

<sup>99</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**, p. 73.

<sup>100</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 238-239.

eminentemente negativos, como o direito de sindicalização e o direito de greve, que não demandam qualquer conduta estatal *intrinsecamente* relacionada.”<sup>101</sup>

Se é certo que a obra de Holmes e Sunstein ajudou a derrubar o argumento de que somente os direitos sociais, e não os de liberdade, consomem recursos, e por isso teriam sua efetividade inexoravelmente limitada à reserva do possível, por outro lado não restou afastado o fato de que os direitos sociais em sua dimensão positiva, assim como os outros direitos, consomem recursos para sua implementação. E isso não pode ser ignorado, como já se disse.

Logo, se “... a limitação de recursos existe, ainda que esse limite não esteja tão próximo como muitas vezes se quer fazer acreditar”<sup>102</sup>, mas não pode ser usada de forma indiscriminada como motivo para o Judiciário negar efetividade aos direitos sociais em sua forma positiva, é preciso um critério para determinar como esses direitos sociais que demandam mais recursos serão atendidos.

Segundo a opinião de Ana Paula de Barcellos, a finalidade do Estado ao captar recursos é realizar os objetivos colocados na Constituição, assim, “se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados.”<sup>103</sup> E a meta prioritária estabelecida na Constituição Federal de 1988 é, resumidamente segundo a autora, a “promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.”<sup>104</sup> O mínimo existencial seria o elemento fundamental dessa dignidade e o alvo prioritário dos recursos públicos.

Gustavo Amaral parte da premissa demonstrada por Holmes e Sunstein de que não há distinção entre direitos negativos - de liberdade -, e positivos, que demandam recursos para sua implementação - direitos sociais-, e afirma afastar-se do que chama de “ingenuidade positivista” que entende que o que está na Constituição deve ser cumprido sem levar em conta a realidade social.

---

<sup>101</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**, p. 81.

<sup>102</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 240.

<sup>103</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 242.

<sup>104</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 246.

Nesse sentido, o autor afirma que os direitos fundamentais têm dimensões positivas que exigem uma prestação do Estado na forma de ação e não de omissão, e que para isso é necessário o consumo de recursos escassos. Assim, torna-se mister a tomada de decisões alocativas, disjuntivas, quer dizer, que darão atendimento a certas demandas em detrimento de outras, ainda que esse não atendimento leve à mortes.<sup>105</sup>

Neste momento, faz-se necessário diferenciar entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos. Não raras vezes a falta de recursos para a efetivação de um dado direito social não deriva da real inexistência de recursos, mas do fato de ter havido uma errônea alocação de recursos escassos.

A escassez de recursos pode ser *natural severa*, nos casos em que é impossível aumentar a oferta do bem (por exemplo, pinturas de Rembrandt), *natural suave*, se impossível aumentar a oferta a ponto de atender a todos (reservas de petróleo e disponibilização de órgãos para transplante são exemplos), e *quase-natural*, que ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez até à plena satisfação, apenas pelo comportamento não coativo dos cidadãos (por exemplo, oferta de crianças para adoção e esperma para inseminação artificial). Por outro lado, existe a escassez *artificial*, que aparece quando tornar o bem acessível a ponto de satisfação só depende das decisões que o governante tomar (por exemplo, oferta de vagas em creches).<sup>106</sup>

No caso de escassez artificial, não havendo recursos suficientes para o atendimento de todas as demandas sociais, deve-se escolher entre quais atender prioritariamente, resolvendo-se isso por meio de decisões alocativas, que envolvem decidir sobre a quem atender e quanto disponibilizar.<sup>107</sup>

Atento a este fato, o constituinte cuidou de impor um limite formal ao poder do Estado sobre seus recursos financeiros, consistente na obrigação de se criar a previsão orçamentária antes do dispêndio de recursos, e também limites materiais, determinando que os recursos sejam destinados aos objetivos e prioridades da Constituição.<sup>108</sup> Nesse sentido, algumas normas constitucionais estipulam que

---

<sup>105</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**, p. 198-199.

<sup>106</sup> ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 21-22, *apud*, AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**, p. 134.

<sup>107</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**, p. 147-148.

<sup>108</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 220-221.

certas quantias sejam inequivocamente destinadas para a efetivação de direitos fundamentais.<sup>109</sup>

Desta forma, antes de se invocar a reserva do possível para afastar um provimento favorável à efetivação de um direito fundamental social prestacional, deve-se perscrutar se a falta de recursos adveio depois de terem sido atendidas

---

<sup>109</sup> É o que se auferir dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios: (EC nº 3/93 e EC nº 42/2003)

I – exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça;

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

...

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

II – vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I;

...

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

...

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito e Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos, compreendida e proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

...

No mesmo sentido, os seguintes artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro desemprego, serão destinados ao setor da saúde.

...

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e,

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.



normas constitucionais que já determinavam a destinação deles para outras prioridades, ou se a falta de recursos derivou de uma alocação dos meios recursais para outros âmbitos, menos fundamentais e de forma inconstitucional.<sup>110</sup>

Caso paradigmático que ilustra bem esse problema da errônea alocação de recursos escassos foi a polêmica decisão de um prefeito em construir um estádio esportivo para 30 mil pessoas – mais do que toda a população do município em questão – , ao passo que faltavam vagas na educação fundamental da cidade.

Assim, nos casos de escassez artificial de recursos é a decisão do administrados público que vai determinar o atendimento ou não de um direito fundamental social, uma vez que escolher por atender uma certa necessidade implicará na falta de recursos para atender outras demandas.

No ponto 1.2. dessa monografia, após a análise da posição de alguns autores, chegou-se às seguintes conclusões: não há uma distinção absoluta entre direitos positivos e negativos, o que há são dimensões positivas e negativas dos direitos, e que com os direitos sociais não ocorre de forma diversa. Primeiro, os direitos sociais não são todos direitos a prestações materiais (direitos chamados positivos, que demandam atuações positivas do Estado e necessitam de recursos para serem efetivados), há entre os direitos sociais direitos de defesa, como o direito de greve. Segundo, cada direito social possui uma dimensão negativa e uma positiva, e todos eles demandam recursos – uns mais outros menos – para sua concretização.

Dentro de uma classificação dos direitos fundamentais em de defesa e a prestações, a maioria dos direitos sociais seriam direitos a prestações materiais ou direitos prestacionais e o problema maior está na determinação da eficácia na dimensão subjetiva de tais direitos. Quando são derivados, isto é, “aquelas posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo legislador”<sup>111</sup>, geram posições jurídico-subjetivas negativas (de defesa) e positivas (de prestação). Quando são direitos originários a prestações é que se situa a maior controvérsia, pois se pergunta se a partir deles e diretamente da norma constitucional é possível reconhecer-se um direito subjetivo a prestações para o titular perante o Judiciário.<sup>112</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos originários geram posições jurídico-subjetivas negativas

---

<sup>110</sup> OLSEN, A.C.L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 223.

<sup>111</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 318.

<sup>112</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 318.

de vantagem e, de forma limitada, surgem situações jurídico-subjetivas *positivas* de vantagem em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que obriga o Estado a prover o mínimo necessário para a existência digna do ser humano: o *mínimo existencial*.

O grande problema, no entanto, situa-se em definir o que seja concretamente esse mínimo necessário a uma vida digna. Gustavo Amaral diz que sua posição se aproxima das de Ricardo Lobo Torres e Robert Alexy para os quais haveria um mínimo existencial diretamente exigível, e o que estaria fora deste mínimo e não o seria. Para o autor, o mínimo existencial varia de acordo com o momento histórico e com a localização geográfica do que quer se analisar. Quanto mais necessário for o bem para a manutenção de uma vida digna, maior será seu grau de essencialidade e mais excepcional terá que ser a razão para que a prestação não seja atendida.<sup>113</sup>

Algumas propostas doutrinárias serão analisadas no próximo capítulo especialmente o critério adotado por Ana Paula de Barcellos.

### **3 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO NÚCLEO MÍNIMO SINDICÁVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

#### **3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Dar efetividade aos direitos fundamentais sociais é, ao mesmo tempo, tornar eficaz o princípio da dignidade da pessoa humana.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social erigiu a dignidade da pessoa humana como princípio primordial constitucional e valor essencial que dá unicidade e sentido à Constituição Federal.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**, p. 213-216.

<sup>114</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 103-121.

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana está em que ela representa os valores mais elevados da sociedade atual e a medida do seu respeito revela o nível de evolução de um Estado Social Democrático de Direito. Seu respeito é inafastável.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado no texto constitucional de 1988 no artigo 1º, inciso III, como princípio fundamental e constituinte da República. Ele é o norte de interpretação de qualquer norma brasileira e critério para solução de conflitos.

Há uma grande dificuldade em se conceituar a dignidade da pessoa humana, especialmente pela vagueza de seus elementos. Mas uma proposta de definição é de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem tem-se por dignidade da pessoa humana:

“... a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>115</sup>

Para a doutrina majoritária atual, a dignidade da pessoa humana é o valor basilar dos direitos fundamentais, e também dos direitos humanos, de modo que em cada direito fundamental se pode divisar a proteção de um aspecto da dignidade da pessoa humana.

A violação da dignidade da pessoa humana pode se dar tanto por meio de uma conduta ativa do Estado - por exemplo, na tortura de indiciados pela polícia na tentativa de se obter uma confissão ou na imposição de penas cruéis e degradantes - quanto por uma omissão do ente estatal, e é nesse sentido que se pode dizer que a omissão do Estado em dar um mínimo de efetividade aos direitos fundamentais sociais constitui uma transgressão geradora de situações de indignidade.<sup>116</sup>

Dignidade da pessoa humana e direitos sociais estão intrinsecamente ligados, pois aquela depende desses para existir, isto é, só se uma pessoa tem efetivados minimamente seus direitos à saúde, trabalho, moradia, educação, etc, é que se pode considerar que ela leva uma vida com dignidade, isto é, como um ser humano e não

---

<sup>115</sup> SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 60.

<sup>116</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 193.

meramente como um animal que apenas sobrevive.<sup>117</sup> Assim, sem direitos sociais concretizados ao menos num aspecto mínimo não há vida com dignidade e, logo, resta ferido o princípio mais importante do Estado brasileiro.

No entanto, como analisado no capítulo anterior, a realidade impõe limites à concretização dos direitos sociais prestacionais, especialmente em razão da escassez de recursos em relação às muitas necessidades a serem satisfeitas. Desta forma, não é possível efetivar ampla e completamente os direitos sociais de forma imediata, estes são direitos de eficácia progressiva, mas, por outro lado, um mínimo de eficácia deve ser atribuído a esses direitos, em virtude de sua fundamentalidade formal e material, sua relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana, por serem pressupostos ao exercício de dos direitos de liberdade, e porque se propugna por uma liberdade real e não formal.

O mínimo de eficácia que se propõe ser dado aos direitos fundamentais sociais prestacionais é o relativo ao mínimo existencial, ou mínimo de condições necessárias para se ter uma vida digna. A dignidade da pessoa humana está inserida no núcleo mínimo presente em cada direito social, núcleo esse que não pode ser violado, sob pena de se violar o mais elevado valor do Estado.

Para Luís Virgílio Afonso da Silva, a expressão mínimo existencial é utilizada com três acepções diferentes:

“pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais - ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política-legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.”<sup>118</sup>

O autor adota esta terceira corrente e, segundo ele, “o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de

---

<sup>117</sup> Conforme ensina Marcos Maselli Gouvêa, não se trata de apenas fornecer aos cidadãos um mínimo vital, uma vez que “... a teoria dos direitos fundamentais não almeja apenas a sobrevivência, mas sim a existência condigna.” Segundo ele, “[s]em condições materiais mínimas, não há autonomia psíquica que permita ao indivíduo fazer escolhas, exercer sua cidadania e as oportunidades que formalmente a vida em sociedade lhe oferece.” GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. p. 260-261.

<sup>118</sup> SILVA, L. V. A. da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. p. 270.

reserva do possível.”<sup>119</sup> Para ele, utilizada a regra da proporcionalidade num caso concreto para se fazer uma restrição a um direito fundamental, então essa restrição será constitucional e, como é impossível imaginar constitucional uma restrição que viola o núcleo essencial de um direito, logo, essa restrição nunca atingiria o conteúdo essencial do direito fundamental.<sup>120</sup>

Ricardo Lobo Torres, por sua vez - segundo Luís Virgílio Afonso da Silva<sup>121</sup> - seria adepto da primeira corrente. Para Torres, o mínimo existencial não tem um conteúdo específico, ele abrange todo direito que seja necessário para uma vida digna, ainda que não sejam direitos fundamentais.<sup>122</sup> De acordo com o autor:

“Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do *máximo de utilidade* (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável”.<sup>123</sup>

Para Ricardo Torres o mínimo necessário teria as características básicas dos direitos de liberdade por ser: pré-constitucional, inerente ao ser humano; constituir direito público subjetivo do cidadão, sendo condicionante da ordem jurídica e não algo outorgado por ela; ter validade *erga omnes*; não se limita ao rol do artigo 5º da Constituição ou outro elenco preexistente; ser dotado de historicidade, variando conforme o contexto social. “Mas é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados.”<sup>124</sup>.

Também para Ingo Wolfgang Sarlet o mínimo existencial não é um conceito fixo, o seu conteúdo “encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas,

---

<sup>119</sup> SILVA, L. V. A. da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. p. 271.

<sup>120</sup> SILVA, L. V. A. da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. p. 272.

<sup>121</sup> SILVA, L. V. A. da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. p. 270.

<sup>122</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. vol.177, jul.-set., Rio de Janeiro, 1989, p. 29.

<sup>123</sup> TORRES, R. L. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. p. 29.

<sup>124</sup> TORRES, R. L. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. p. 32-33.

geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa (...)"<sup>125</sup>

Na terceira acepção, conforme a classificação de Luís Virgílio Afonso da Silva, todos os direitos são diretamente sindicáveis perante o poder público no que diz respeito ao atendimento do mínimo existencial. De acordo com Clèmerson Merlin Clève:

"O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscado seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino."<sup>126</sup>

Para José Joaquim Gomes Canotilho, quando o Estado deixa de prestar o mínimo existencial, relativo aos direitos sociais, garantido constitucionalmente, ele se torna "infractor das obrigações jurídico-constitucionais impostas", uma vez que o combate ao desemprego, um rendimento mínimo e assistência social básica compõe um padrão mínimo de existência necessário ao gozo de qualquer outro direito.<sup>127</sup>

De acordo com a concepção de Marcos Maselli Gouvêa,

"[c]onsiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um *status* axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal."<sup>128</sup>

De acordo com Ana Paula de Barcellos, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, possui um núcleo básico, sem o qual importa a violação deste princípio, o qual assume, então, o caráter de regra. Esse núcleo, em relação à

---

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. p. 43.

<sup>126</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, 2003, p.27.

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 470.

<sup>128</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**, p. 257.

dignidade em seus elementos materiais, é composto pelo mínimo existencial.<sup>129</sup>

Segundo a autora:

“o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento”<sup>130</sup>

Ana Paula de Barcellos propõe, em sua obra *“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”*, uma concretização do que seja o mínimo existencial, parcela da dignidade da pessoa humana, que é sindicável em juízo. A autora propõe que o mínimo existencial seja composto por um núcleo duro de direitos.

Em que pese autores como Ricardo Lobo Torres entenderem, ao nosso ver corretamente, que o mínimo existencial varia conforme as circunstâncias de tempo e o local em que é analisado, a proposta de Ana Paula de Barcellos por um mínimo existencial absoluto e inviolável é de grande valia para a realidade sócio-econômico brasileira, em que nem mesmo um mínimo de condições materiais de vida é garantido a todos os cidadãos. Desta forma, no capítulo 3.3. será explicitado de forma mais detalhada a proposta de concretização do mínimo existencial de Ana Paula de Barcellos.

O mínimo existencial encontra-se protegido pelo instituto jurídico da vedação do retrocesso que, de acordo com Luís Roberto Barroso, é um princípio não expresso, decorrente do sistema jurídico-constitucional, pelo qual “... entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.”<sup>131</sup>

De acordo com Canotilho e Vital Moreira, há uma proibição do retrocesso dos direitos sociais de caráter positivo, uma vez que “dada satisfação ao direito, este

---

<sup>129</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 304-305.

<sup>130</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 197-198.

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158, *apud* SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica, p. 33.

transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”<sup>132</sup>

O artigo 5º, §1º (conjuntamente com o artigo 60) da Constituição Federal protege os direitos fundamentais frente ao poder reformador constitucional e também contra atuações do legislador ordinário, e mesmo medidas administrativas e jurisdicionais. Os Poderes Públicos restam, assim, vinculados ao dever de concretizar os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que ficam proibidos de suprimi-los ou restringi-los. Mas a amplitude da proteção conferida, deste modo, pelo princípio da vedação do retrocesso social, não deve - segundo opinião majoritária da qual é signatário Ingo Wolfgang Sarlet – ser absoluta: “existe um proibição relativa do retrocesso em matéria de direitos sociais.”<sup>133</sup>

O legislador infraconstitucional, uma vez que tenha concretizado um certo direito social, fica proibido de voltar atrás em sua decisão, suprimindo ou restringindo o direito a ponto de afetar seu núcleo essencial.<sup>134</sup>

Segundo lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

“... mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.”<sup>135</sup>

Assim, de acordo com o autor, diante de prestações relativas ao mínimo necessário para uma vida digna não podem prevalecer os argumentos da reserva do possível e da ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.

No mesmo sentido dispôs Marcos Maselli Gouvêa:

“Num contexto nacional de carência de recursos, o atributo da prioridade há de ser ressalvado. Havendo recursos limitados e diversos investimentos possíveis, deve-se conceder primazia àqueles relacionados à satisfação do mínimo existencial (...). Evidencia-se, neste passo, a circunstância de que os direitos fundamentais limitam a discricionariedade do administrador. A

---

<sup>132</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131. *apud* SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica, p. 33.

<sup>133</sup> SARLET, I.W. **A eficácia do direito fundamental à segurança**. p.36.

<sup>134</sup> SARLET, I.W. **A eficácia do direito fundamental à segurança**. p.40.

<sup>135</sup> SARLET, I.W. **A eficácia do direito fundamental à segurança**. p.32.



supremacia deontológica dos direitos fundamentais torna irrelevante qualquer juízo de conveniência, e sua urgência afasta a cogitação da oportunidade.”<sup>136</sup>

### 3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Robert Alexy diferencia as normas entre as que correspondem a regras e as que são relativas a princípios. Os princípios contêm deveres *prima facie* e representam mandados de otimização, enquanto as regras contêm deveres definitivos. Estas se aplicam mediante a subsunção e seus conflitos resolvem-se pelo critério da validade. Já os princípios são aplicados pelo método da ponderação e seus conflitos são solucionados pela avaliação do peso de cada um.<sup>137</sup>

Em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy afirma que todas as normas fundamentais reconhecedoras de direitos prestacionais são normas-princípio ou *prima facie*, mesmo que tenham a estrutura lingüística de normas-regra, pois comportam uma concretização graduada por meio da ponderação de princípios e com o resultado dessa ponderação define-se a extensão do direito, chega-se a um direito definitivo, e conclui-se pelo reconhecimento ou não da pretensão.<sup>138</sup> A todo direito *prima facie* corresponde um dever *prima facie* do Estado - o que não significa que esses direitos são programáticos ou não-vinculantes – e através da ponderação encontra-se o conteúdo definitivo do dever.<sup>139</sup>

A Constituição Federal caracteriza-se por ser um sistema aberto, seus textos normativos têm redações normalmente vagas e ela consagra princípios tão audaciosos quanto colidentes (por exemplo, liberdade de imprensa e direito à intimidade), e isto exige do aplicador destas normas ou ignorar o caráter vinculante das disposições ou efetuar juízos de valor.<sup>140</sup> Nesse sentido, Marcos Maselli Gouvêa diz que “[n]um sistema em que se pretenda haver a Constituição como norma fundamental, e em que a Constituição assuma a feição de um sistema *aberto*

<sup>136</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**. p.271.

<sup>137</sup> BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. p. 47-50.

<sup>138</sup> ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés, p. 494-501.

<sup>139</sup> ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés, p. 500.

<sup>140</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**. p. 141.

de princípios, ponderações acerca dos bens jurídicos consagrados naquele Texto não são uma questão de escolha: são necessidades.”<sup>141</sup>

A ponderação de princípios se desenvolve em três subprincípios ou etapas. A primeira é a da adequação, que diz respeito à aptidão do meio em atingir os fins objetivados; a segunda é a necessidade, pois o meio escolhido tem que ser o menos gravoso para outros direitos fundamentais envolvidos; a terceira é a proporcionalidade em sentido estrito, que diz que quanto mais severamente outros bens forem atingidos, maior deve ser a importância do princípio contraposto.

Conforme ensina Ana Carolina Lopes Olsen:

“Nesta medida, uma determinada ação estatal deve ser adequada ao fim normativamente estabelecido (adequação), dentre as diversas possíveis, deve ser a que melhor alcança esta finalidade, ou seja, a que mais satisfaz (em sentido positivo) os direitos fundamentais envolvidos, causando os menores danos (em sentido negativo) aos direitos fundamentais de outros (necessidade), e a importância da satisfação da prestação deve ser de tal monta que justifique a intervenção em direitos fundamentais de outros (proporcionalidade em sentido estrito).”<sup>142</sup>

O preceito da proporcionalidade comporta duas acepções: da vedação do excesso e da proibição da insuficiência. A proporcionalidade surgiu no século XVIII como meio de se limitar o poder do Estado, garantindo a liberdade individual em face das atuações administrativas. Assim, no contexto dessas idéias liberais de Estado e de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade assume o caráter de princípio da vedação do excesso, de forma que a atuação dos poderes públicos não poderia ameaçar desproporcionalmente, excessivamente, os direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>143</sup>

Mas conforme se percebeu a necessidade de se garantir uma liberdade não apenas formal e negativa, mas uma liberdade fática, e iniciou-se o reconhecimento de direitos sociais e o papel positivo do Estado como garante desses direitos – um Estado de bem-estar social – a proporcionalidade também assumiu uma faceta positiva, “de proteção de uma exigência mínima de igualdade e libertação da

---

<sup>141</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**. p. 142.

<sup>142</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 79-80.

<sup>143</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 77.

necessidade do indivíduo perante o Estado, que passou a ser chamada de proibição da insuficiência.”<sup>144</sup>

Assim, se, de um lado, o Estado não pode intervir nos direitos de defesa de forma excessiva e desproporcional, da mesma forma, quando o Estado é destinatário de normas de natureza prestacional, ele não pode agir de forma insuficiente, a ponto de tornar ineficaz a norma constitucional instituidora de direitos prestacionais.<sup>145</sup>

Desta forma, ao final do processo de ponderação, encontrado o dever definitivo, o dever *prima facie* tem que ter sido sempre satisfeito numa medida *suficiente*, e isto pode ser objeto de controle judicial.<sup>146</sup>

Como ensina Ana Carolina Lopes Olsen, a proibição da proteção insuficiente vincula todos os poderes públicos, que deverão submeter seus atos à conformidade com os preceitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de forma que “tanto o legislador, quando da especificação de normas relativas a direitos fundamentais sociais prestacionais, quanto o administrador, quando da realização de atos concretos de prestação social, estão obrigados a alcançar limites mínimos do fim estabelecido da norma.”<sup>147</sup>

No mesmo sentido é o magistério de Marcos Maselli Gouvêa:

“A própria Constituição - e, em especial, uma Constituição compromissária como a nossa - engendra uma série de conflitos axiológicos que legisladores e administradores são chamados a compor através de juízos de proporcionalidade. Se o mandatário político deixa de realizar a adequada ponderação, permitindo que um valor reste irrazoavelmente diminuído por força da ênfase conferida a outro, cabe ao Judiciário, guardião da Constituição, reparar o vício.”<sup>148</sup>

Na Alemanha, o artigo 1º da Lei Fundamental de Bonn determina só ser possível a restrição a direitos fundamentais, ainda que prevista expressamente em lei, se ela passar pelo exame de proporcionalidade, restando demonstrado que a restrição era indispensável para compatibilizar o direito restringido com outro

---

<sup>144</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 78.

<sup>145</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 78-79.

<sup>146</sup> ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés, p. 501.

<sup>147</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 79.

<sup>148</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**. p. 142.

igualmente fundamental, e se com a restrição não for afetado o núcleo essencial do direito restringido.<sup>149</sup>

Robert Alexy entende que para que uma posição de prestação jurídica esteja definitivamente garantida algumas condições tem que estar cumpridas.<sup>150</sup> No entanto, essas condições estariam sempre satisfeitas no caso de direitos fundamentais sociais mínimos, como os relativos ao mínimo vital, a uma vida simples, a educação escolar, a uma formação profissional e a um nível mínimo de assistência médica.<sup>151</sup>

Segundo Ana Carolina Lopes Olsen, a noção de proibição da proteção insuficiente permite concluir que a Constituição não permite que se desça abaixo “abaixo de um certo nível de proteção estatal”<sup>152</sup>. O problema é determinar o que seja este nível mínimo. O que será estudado no próximo tópico é uma proposta de definição deste mínimo.

### 3.3 UMA PROPOSTA DE CONCRETIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Em seu estudo sobre a eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, Ana Paula de Barcellos afirma que tal princípio não comporta uma ponderação de forma absoluta, que possa vir a esvaziá-lo completamente. Para a autora a ponderação deste princípio tem como limite máximo o núcleo mínimo de

---

<sup>149</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**. p. 214.

<sup>150</sup> “Habrà que considerar que una posición de prestación jurídica definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta.” ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés, p. 495.

<sup>151</sup> ALEXY, R. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés, p. 495.

<sup>152</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 322.

dignidade, relativo ao mínimo existencial, espaço este para além do qual caberia a deliberação política:

“Recorra-se aqui a uma imagem capaz de ilustrar o que se afirma: a de dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do poder constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que representa afinal o efeito concreto mínimo pretendido pela norma exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do *mínimo existencial*, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo.”<sup>153</sup>

O principal objetivo da autora em seu trabalho foi constatar a possibilidade de se conferir eficácia positiva ou simétrica às esferas que compõe o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial as relacionadas às condições materiais de existência.<sup>154</sup> Tais esferas, relacionadas a prestações, seriam exigíveis diante do Judiciário.<sup>155</sup>

A autora propôs o mínimo existencial como sendo composto por quatro elementos, sendo um dele instrumental e os outros materiais: o acesso à Justiça, a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados.

De acordo com os indicadores de 2006 do IBGE, 10,2% da população brasileira com 10 ou mais anos de idade é analfabeta. Na região sul, 5,4% das pessoas com essa idade ou mais se encontra nessa situação; na região sudeste são 6%; na centro-oeste, 8%; na norte, 10,7%; e na região nordeste o índice chega a 20%.<sup>156</sup> Logo se vê, portanto, que grande parcela da população brasileira carece de uma condição básica para participar de uma forma mais ativa e consciente na sociedade, ter acesso a informações, ter condições de ingressar no mercado de trabalho, votar conscientemente, ter noções de seus direitos básicos, etc. E é nesse sentido que ao menos a educação fundamental deve ser prestada de forma universal e como uma prioridade do Governo, pois ela é um pressuposto básico para a pessoa envolver-se e desenvolver-se socialmente.

<sup>153</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 253.

<sup>154</sup> De acordo com a autora, os direitos da liberdade também compõe o conteúdo mínimo da dignidade, mas tais direitos não foram objeto específico de seu estudo por sua normatividade já ser inconteste nos textos constitucionais e já haver instrumentos processuais específicos para a sua tutela. BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 256.

<sup>155</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 248.

<sup>156</sup> Dados de 2006 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Acessado em 20/09/07. [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3\\_2.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/sintese/tab3_2.pdf)

A educação fundamental compreende os primeiros oito anos de escolaridade, isto é, da primeira à oitava série, e é um direito subjetivo, podendo o cidadão exigí-lo diante do Judiciário. Se a Administração Pública não tiver, naquele momento, condições de prestar o serviço, o Judiciário pode determinar que o Poder Público arque com os custos da educação do pleiteante em uma instituição de ensino privada, pois conforme consta do artigo 213, §1º da Constituição Federal, na falta de vagas ou cursos na rede pública no local onde reside o educando, o Poder Público poderá destinar recursos - originalmente designados para expandir a rede pública de ensino - para o custeio do ensino fundamental e médio em instituições privadas.<sup>157</sup> No entanto, ao decidir o caso, o juiz deve atentar para o fato de que a instituição privada escolhida deve ter padrões de educação e custos semelhantes a da instituição pública, sob pena de atentar contra o princípio da igualdade, dando maiores benefícios ao pleiteante do que às pessoas que enfrentaram madrugadas e filas para conseguir uma vaga no ensino público.<sup>158</sup>

O segundo elemento do mínimo existencial segundo Ana Paula de Barcellos é a saúde básica. Segundo a autora, o Judiciário deve determinar o cumprimento de prestações de saúde relativas ao mínimo existencial ao Poder Público - para que as preste diretamente ou, se não puder, custeie a prestação por um ente particular - quando tais prestações lhe forem pleiteadas, independentemente de lei que regulamente o direito pedido, pois em relação ao mínimo o direito à saúde tem eficácia positiva ou simétrica.

A dificuldade é estabelecer o que seja o mínimo existencial em relação à saúde. O problema é que, se o fundamento do mínimo existencial é o mínimo de dignidade que se deve assegurar a todas as pessoas, e se todos os seres humanos são iguais em dignidade - não sendo possível graduar quem tem a vida e, portanto, a saúde mais preciosa para fins de determinar quem deve receber as prestações relativas à saúde - que parâmetro pode ser adotado para se definir o que é o mínimo existencial em relação à saúde e, portanto, aquilo que o Judiciário poderá exigir que o Poder Público preste?

---

<sup>157</sup> “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolar comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: (...) §1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.”

<sup>158</sup> BARCELLOS. A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 264-267.

Como diz a autora, tal decisão envolveu uma *escolha trágica*, na medida em que outras prestações relativas à saúde - e cujo não acolhimento muitas vezes significa a morte de uma pessoa -, mas que estejam fora do mínimo existencial, no âmbito das escolhas políticas para serem atendidas, não poderão ser satisfeitas por via do pleito ao Judiciário. Nesses casos o juiz sente-se no papel do algoz que nega o pedido de uma pessoa com rosto e identidade que vai até ele para, por exemplo, pedir pelo custeio de um caro e raro tratamento que significaria a última esperança de salvamento de sua vida. Por outro lado, deve-se atentar para o fato de que milhares de outras pessoas necessitam de urgentes prestações relativas à saúde que não estão sendo prestadas pelo Poder Público, mas não levam seus problemas ao Judiciário, seja por falta de conhecimento da possibilidade de fazê-lo, seja pelo desconhecimento dos caminhos a serem tomados para tanto. A autora analisa a situação nos seguintes termos:

“... dificilmente se procura o Judiciário para obter tratamento, e.g., de hipertensão, diabetes, desnutrição, malária, doença de chagas, hepatite A, dengue, cólera, leptospirose, febre tifóide e paratifóide, esquistossomose, infecções intestinais ou ainda para atendimento cardiológico, oftalmológico ou ginecológico preventivo, pré e pós-natal, ou, por fim, para que o Judiciário ordene ao Poder Público a realização ou custeio de um parto. E é assim não porque essas necessidades estejam sendo atendidas perfeita e espontaneamente pelo Poder Público, mas porque a questão não chega aos olhos do Judiciário e a doutrina não tem discutido o tema a ponto de formar uma massa crítica consistente. Ou seja: a saúde básica não é acudida nem pelo Poder Público, embora este seja um dever jurídico que lhe é imposto pela Constituição, nem pelo Judiciário.”<sup>159</sup>

Ciente da impossibilidade de se estabelecer algo como um *nível mínimo de saúde*, pois o bem vida e a saúde não admitem gradações, a autora adota como critério para estabelecer o que deve ser incluído prioritariamente no mínimo existencial - o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana - em relação ao direito à saúde, aquelas prestações que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou provavelmente necessitarão em idade mais avançada. Fundamenta sua decisão também nas quatro prioridades em relação ao atendimento à saúde que a Constituição Federal estabelece: serviço de saneamento (art. 23, IX; 198, II; e 200, IV), atendimento materno-infantil (art. 227, I), medicina preventiva (art. 198, II), e prevenção de epidemias (art. 200, II).

---

<sup>159</sup> BARCELLOS. A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 275-276.

Diante disso a autora propõe como o mínimo existencial do direito a saúde, direito subjetivo público e exigível de prestação diante do Judiciário: o saneamento público, o atendimento materno-infantil e as ações de medicina preventiva.

As ações de medicina preventiva envolvem o atendimento clínico e ambulatorial, por exemplo, e dentro delas se enquadra também a prevenção epidemiológica, envolvendo aplicação de vacinas, pulverização de produtos eliminadores de veículos transmissores de doenças, etc.

O tratamento materno-infantil é de urgente importância ao se observar que a taxa de mortalidade infantil é de cerca de 3,94% para meninos e 3% para meninas, e que anualmente 3000 mulheres morrem no ciclo gravídico-puerperal no país.<sup>160</sup> O atendimento materno-infantil, de acordo com Ana Paula de Barcellos deve envolver o acompanhamento pré e pós-natal da gestante e da criança - objetivando a prevenção e tratamento de doenças aí detectadas que possam afetar mãe ou bebê e um parto seguro e saudável – e o acompanhamento da saúde da criança nos seus primeiros anos de vida.

Quanto ao saneamento, sua relevada importância estaria no fato, por exemplo, de que cerca de 80% das doenças mundiais e mais de 1/3 da mortalidade do planeta decorrem da má qualidade da água utilizada pelas pessoas e da falta de esgotamento sanitário<sup>161</sup>, e de que a cada 1 dólar investido em saneamento há uma economia de 5 dólares em tratamentos curativos de doenças<sup>162</sup>. Apesar disso, no Brasil, apenas 89,2% dos domicílios permanentes urbanos são abastecidos pela rede de água e somente 48% da população urbana é atendida pela rede de esgoto, sendo que no nordeste esta taxa cai drasticamente para só 19,3% das residências<sup>163</sup>.

A assistência aos desamparados é o terceiro e último elemento material do mínimo existencial proposto por Ana Paula de Barcellos. O conteúdo da assistência aos desamparados são as condições básicas para a subsistência humana, núcleo elementar da dignidade: alimentação, abrigo e vestuário.

---

<sup>160</sup> BARCELLOS. A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 278.

<sup>161</sup> BARCELLOS. A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 285.

<sup>162</sup> BARCELLOS. A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 286.

<sup>163</sup> BARCELLOS. A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 285-286. Dados do IBGE, 2001.



A assistência aos desamparados pode ser prestada sob três formas. A primeira é a entrega de um valor em dinheiro diretamente ao necessitado, a exemplo dos casos em que a Constituição Federal prevê a entrega de um salário mínimo às pessoas que carecem de boa, ou alguma, condição de trabalhar, como certas deficiências físicas ou mentais e idade avançada. A segunda forma é a entrega de vales – à semelhança do vale alimentação e do vale transporte – pelo Poder Público, a serem utilizados em instituições privadas que prestariam a assistência. Assim, evitar-se-ia um possível problema da primeira forma de assistência: que o assistido utilizasse o valor monetário recebido para outras finalidades que não as elementares de alimentação, vestuário, abrigo, etc, basta atentar para a realidade do enorme contingente de dependentes de drogas e álcool no Brasil, que não pode ser ignorada. A terceira forma de prestação da assistência é a disponibilização dos próprios artigos alimentares, de vestuário e abrigo para os desamparados em estabelecimentos de alguma forma mantidos pelo Poder Público. A autora conclui que independente do meio adotado, o importante é que as pessoas mais carentes da sociedade tenham onde se socorrerem da fome, da falta de abrigo, do frio, da falta de vestes, elementos que lhes garantam a manutenção de um mínimo de dignidade.

O acesso à Justiça é o último aspecto do mínimo existencial proposto pela autora e trata-se de um elemento instrumental, que significa que todas as pessoas devem ter acesso ao Judiciário, e que tem como fundamento o preceito constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, que determina: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Há três questões que envolvem a eficácia jurídica deste direito: o acesso à Justiça sob o aspecto jurídico, o acesso físico e o acesso jurídico da pretensão material. No momento em que o sujeito se dirige ao Poder Judiciário, ao menos em seu conteúdo mínimo o acesso à Justiça já foi realizado. O problema é que muitas vezes o indivíduo sequer chega a se dirigir ao Judiciário e, por outro lado, também não outra alternativa de solução de conflitos, como um juízo arbitral ou um acordo extrajudicial.<sup>164</sup>

Os maiores obstáculos do acesso físico ao Judiciário no Brasil são o custo e a desinformação. Para o primeiro obstáculo vem-se buscando soluções, tudo visando

---

<sup>164</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 293-294.

baratear e acelerar o processo jurisdicional. Uma delas é a instituição da assistência jurídica gratuita aos necessitados, bastando apenas, para obter o benefício, que a pessoa declare que não pode arcar com as despesas do processo sem causar prejuízo ao seu sustento e de sua família. Outras soluções para dar efetividade ao direito de acesso à Justiça é a criação de Juizados Especiais Criminais e Cíveis e de Defensorias Públicas, estas mirando disponibilizar advogados que defendam gratuitamente as demandas dos mais necessitados - o que é parcialmente resolvido com a nomeação de advogados dativos.<sup>165</sup>

Quanto ao problema da desinformação, a curto prazo a solução é a tutela coletiva, a fim de que terceiros legitimados defendam em juízo direitos das pessoas mais carentes e desinformadas. Mas a verdadeira solução se encontra a médio e longo prazo, com a melhoria da educação da população brasileira, até mesmo incluindo lições básicas de direito e acesso ao Judiciário nos currículos escolares, e campanhas informativas e de conscientização sobre esse direito.<sup>166</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais prestacionais são hoje direitos fundamentais e revestem-se de aplicabilidade imediata, conforme eficácia dada pelo §1º do artigo 5º da Constituição Federal<sup>167</sup>. Tais direitos exigem uma atuação positiva do Estado para serem usufruídos e, quando os poderes Legislativo e Executivo omitem-se de suas responsabilidades para com a efetivação desses direitos, cabe ao Poder Judiciário analisar e, se for o caso, suprir essa omissão. Mas a esta atuação do Judiciário opõem-se certos argumentos.

---

<sup>165</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 295-299.

<sup>166</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 300-301.

<sup>167</sup> SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, p.112.

Os limites mais comumente apresentados à efetivação dos direitos sociais prestacionais pelo Judiciário são o princípio da Separação dos Poderes, da falta de legitimidade democrática do Judiciário e o argumento da reserva do possível. Tais limites, hoje, estão sendo revistos. O princípio da Separação dos Poderes em virtude da nova visão deste preceito, que não pode ser tido apenas com o seu antigo caráter liberal, que objetivava simplesmente a proteção das liberdades individuais em face de um possível abuso de poder por parte do Estado, pois propugna-se, hoje, que o papel de cada um e de todos os poderes do Estado é dar efetividade aos objetivos da Constituição, o que deve, necessariamente, passar pela concretização dos direitos sociais prestacionais. O princípio da legitimidade democrática deve ser revisto diante da demonstrada representatividade de que é coberto o Poder Judiciário, do descrédito que vem sofrendo o caráter representativo dos poderes Legislativo e Executivo<sup>168</sup>, e diante da constatação de que a democracia é muito mais do que o respeito à regra majoritária, pois sem direitos fundamentais, inclusive sociais, efetivados ela não existe<sup>169</sup>. A reserva do possível, por seu turno, deve ser relativizada pelos seguintes motivos: a descaracterização que sofreu quando da sua importação para a jurisprudência brasileira; o fato de que não só os direitos sociais prestacionais necessitam de recursos para serem concretizados; e a constatação de que muitas vezes o problema não é a falta de recursos, mas sua alocação em discordância com as determinações constitucionais<sup>170</sup>.

Há uma íntima ligação dos direitos sociais prestacionais com a dignidade da pessoa humana, visto que sem uma efetivação ao menos mínima daqueles, esta - alçada como um dos princípios mais importantes do Estado brasileiro pela Constituição Federal de 1988 - acaba por ser desrespeitada.

Diante disso, urge dar efetividade àquilo que se convencionou chamar de mínimo existencial, conceito aberto, que carece de um conteúdo específico<sup>171</sup>, vez que este varia conforme o local e a época em que se propõe a análise<sup>172</sup>, mas que

---

<sup>168</sup> SHAPIRO, M. **Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review**. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966, p.24. *apud* CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (tradução). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 94-95.

<sup>169</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 227.

<sup>170</sup> AMARAL, G. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.

<sup>171</sup> TORRES, R. L. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. p. 29.

<sup>172</sup> SARLET, I. W. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. p. 43.

pode ser entendido como o mínimo de condições necessárias para se ter uma vida digna, o mínimo de eficácia que se deve dar aos direitos fundamentais sociais prestacionais, e o ponto para além do qual é vedado ao legislador retroceder depois de ter concretizado um direito social<sup>173</sup>.

Nessa conjuntura, o método da ponderação assume o caráter de princípio da vedação da proteção insuficiente<sup>174</sup>, de forma a vincular todos os Poderes Públicos ao dever de submeter seus atos à conformidade com os preceitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que tanto o Poder Legislativo, quanto o Executivo e o Judiciário, são obrigados a tornar realidade ao menos limites mínimos daquilo que uma norma estabelece como finalidade<sup>175</sup>.

Quanto ao que seriam os limites mínimos que devem necessariamente ser concretizados, e que o Judiciário certamente está legitimado a efetivar se os outros Poderes Públicos forem omissos, Ana Paula de Barcellos propõe que sejam assim considerados: a assistência aos desamparados, o direito ao ensino fundamental, o direito à saúde básica (saneamento, medicina preventiva, atendimento materno-infantil e prevenção de epidemias) e o direito de acesso à Justiça – este como elemento instrumental.<sup>176</sup>

Assim, aqueles limites comumente opostos à atuação judiciária na efetivação de direitos sociais prestacionais tem que ser superados quando se está diante da necessidade de efetivar-se o mínimo existencial. O Judiciário – como os outros poderes – tem o dever democrático e constitucional de fazer valer os direitos preceituados na constituição, ainda mais quando se tratam de direitos fundamentais, procurando eliminar os obstáculos que impeçam que os sujeitos se desenvolvam, exerçam seus direitos de liberdade, participem ativa e conscientemente da sociedade, e que causam a negação da dignidade desses sujeitos como seres humanos.

---

<sup>173</sup> SARLET, I. W. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro, p. 33.

<sup>174</sup> ALEXY, R. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Versão em espanhol de Ernesto Garzón Valdés.

<sup>175</sup> OLSEN, A. C. L. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. p. 79.

<sup>176</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, p. 223.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (org). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p.503-525.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (tradução). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p.17-29, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. “O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito”, in: **Democracia e Justiça – O Poder Judiciário na Construção do Estado de Direito (Anais)**, Porto Alegre: TJERS, 1998.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: **Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**. Año 8, Nº 15:

Primer semestre de 2006. Fonte: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>  
Acesso em: 05 de agosto de 2007.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. O Judiciário como sujeito dos processos das políticas públicas: função social e papel político. In: **Revista de Políticas Públicas** /Universidade Federal do Maranhão, Unidade de Pós-Graduação em Ciências Sociais, programa de Pós Graduação em Políticas Públicas, vol.1, n. 1, São Luís: EDUFMA, 1995, pp. 97-120.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n.58, jan-mar, 2007, p. 5-48.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296-386.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 30, Porto Alegre, 1999, pp. 97-124.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. vol.177, jul.-set., Rio de Janeiro, 1989, p. 29-49.